يُطبع لأوّل مرّة

معراج الدراية في شرح الهداية

للإمام برهان الدين المرغيناني

تصنيف

الإمام العلامة الفقيه قوام الدين الكاكي الحنفي

المتوفى سنة ٧٤٩ هجرية

اعتنى به

عبد الحفيظ محمد علي بيضون

دراسات إسلامية / كلية الشريعة - جامعة بيروت الإسلامية

المجلد الرابع

المحتوى:

الطلاق - العتاق - الأيمان

منشورات

محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

DKI

بيروت - لبنان

معراج الدراية في شرح الهداية

للإمام برهان الدين المرغيناني

تصنيف

الإمام العلامة الفقيه قوام الدين الكاكي الحنفي

المتوفى سنة ٧٤٩ هجرية

اعتنى به

عبد الحفيظ محمد علي بيضون

دراسات إسلامية / كلية الشريعة - جامعة بيروت الإسلامية

يطبع لأول مرة

الجزء الرابع

المحتوى:

الطلاق - العتاق - الأيمان

دار الكتب العلمية

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

DKI

أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان

Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon

Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
http://www.al-ilmiyah.com

الكتاب: معراج الدراية في شرح الهداية

Title: MI'RĀJ AD-DIRĀYA FĪ ŠARḤ AL-HIDĀYA

التصنيف: فقه

Classification: Jurisprudence

المؤلف: الإمام قِوام الدين الكاكي (ت ٧٤٩ هـ)

Author: Al-Imam Qiwam Al-Din Al-Kaki (D. 749 H.)

المحقق: عبدالحفيظ محمد علي بيضون

Editor: Abdulhafiz Mohammed Ali Baydoun

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

Pages	(8Parts/8Vols.) 7680 (٨أجزاء/٨مجلدات)	**عدد الصفحات**
Size	17 x 24 cm	**قياس الصفحات**
Year	2023 A.D. - 1444 H.	**سنة الطباعة**
Printed in	**Lebanon** لبنان	**بلد الطباعة**
Edition	1st (2 Colors) الأولى (لونان)	**الطبعة**

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ ٥ ٩٦١+
فاكس: ٨٠٤٨١٣ ٥ ٩٦١+
ص.ب: ٩٤٢٤-١١ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

ISBN-13: 978-2-7451-9580-7
90000
9 782745 195807

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الطَّلَاقِ

[٤١٤/أ] كتاب الطلاق

لما ثبت بالنكاح القيد الشرعي أورد الشيخ الطلاق عقيبه؛ لأنه رفع لذلك القيد لما قيل: إنه من إطلاق البعير.

والمناسبة الخاصة بينه وبين الرضاع أنَّ كلًّا منهما مُحرِّم؛ فإن الرضاع الطارئ يُحرِّم ويَرفع النكاح؛ فكذا الطلاق.

وهو اسم بمعنى التطليق كالسلام والسَّراح بمعنى التسليم والتسريح، ومنه قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، أو مصدر مِن طَلُقَت المرأةَ بالضم طلاقًا، أو مِنْ طَلَقَتْ بالفتح كالفساد من فسد[١].

وعن الأخفش: لا يُقال طَلُقَت بالضم[٢]، وفي ديوان الأدب: أنه لغة.

وطلَّق الرجل امرأته تطليقة.

فالطلاق لغة: رفع القيد، مأخوذ من الإطلاق، يقول الرجل: أطلقت إبلي، أو أسيري، وطلَّقت امرأتي، وفي المرأة استعمل من باب التفعيل؛ لأن في التفعيل معنى المبالغة والتكثير، وهو في التكرار، والطلاق يتكرر على المرأة أو فيه إزالة الملك واليد، وفي الدَّابة إزالة اليد فقط.

وشرعًا: رفع قيد النكاح من أهله في محله، ففي الاسم الشرعي معنى اللغة، ثم الطلاق مشروع بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ﴾ [الطلاق: ١] وغيره من الآيات.

(١) انظر: المغرب في ترتيب المعرب (ص: ٢٩٣).
(٢) انظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية (٤/ ١٥١٩).

....

وأما السنة: فما رُوي أنه عليه السلام قال: «**كُلُّ طَلَاقٍ جَائِزٌ**»[(١)] الحديث، وغيره من الأحاديث.

والإجماع: انعقد مِن لدن رسول الله ﷺ على وقوعه.

ولأن المصالح قد تتغلب بمفاسد من التناغص والعداوة فشرع الطلاق دفعًا لهذه المفاسد؛ وذلك أنَّ أعمَّ النساء يختص بسوء الاختيار، وسرعة الاغترار، وسخافة العقل، ونقصان الدين، وسوء التدبير، وكُفران نعمة الأزواج، وبغضهن في المعاشرة، واشتغالهن بالمكايد، وإفشاء سر الأزواج؛ فشرَعَ البرُّ الرحيم تخليص عبده من هذا العذاب الأليم بالطلاق.

ثم إيقاع الطلاق مباح[(٢)] وإن كان مبغضًا في الأصل عند عامة العلماء.

ومن الناس من يقول: لا يباح إيقاعه إلا للضرورة. وذلك إما[(٣)] كبر السن وإما الريبة؛ لقوله عليه السلام: «**لَعَنَ اللَّهُ كُلَّ مِذْوَاقٍ مِطْلَاقٍ**»[(٤)]. وقال عليه السلام: «**أيَّما امرأةٍ اختلعَت من زوجِها من غيرِ نشوزٍ فعليها لعنةُ اللهِ والملائكةِ والنَّاسِ أجمعين**»[(٥)]. وقد رُوي مثله في الرجل يخلع امرأته، ولأن فيه كفران نعمة النكاح فإنه تعالى مَنَّ على عباده به بقوله تعالى: ﴿وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا﴾ [الروم: ٢١] وفي رفع النكاح كفران نعمة النكاح. وإنما طلق النبي ﷺ [سودة][(٦)] لكبر سنها.

---

(١) أخرجه الترمذي (٢/ ٤٨٧، رقم ١١٩١)، وقال: هذا حديث لا نعرفه مرفوعا إلا من حديث عطاء بن عجلان، وعطاء بن عجلان ضعيف ذاهب الحديث، والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم.

(٢) في الأصل: (ثم شرع أن إيقاع الطلاق مباح) وما أثبتناه من النسخة الثانية.

(٣) في الأصل: (إنما) وما أثبتناه من النسخة الثانية.

(٤) لم أجده بهذا اللفظ، ولعل الأقرب له ما أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٤/ ١٨٧، برقم ١٩١٩٣) «إن الله لا يحب كلَّ ذواق من الرجال، ولا كلَّ ذواقة من النساء»)

(٥) لم أجده بهذا اللفظ، وقد ذكر الترمذي نحوه تعليقا بصيغة التمريض (٢/ ٤٨٣، برقم ١١٨٦) فقال: وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «أيما امرأة اختلعت من زوجها من غير بأس لم تُرَح رائحةَ الجنة».

(٦) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

....

ولنا: إطلاق الآيات فإنه يقتضي الإباحة مطلقًا، وطلّق النبي ﷺ حفصة فأمره الله تعالى أن يراجِعَها فإنها «صَوَّامَةٌ قَوَّامَةٌ»[(١)] ولم يكن هناك زينة ولا كبر السن.

وكذا الصحابة؛ فإن عمر رضي الله عنه طلّق أم عاصم، وابن عوف تماضر والمغيرة بن شعبة أربع نسوة له. والحسن بن علي استكثر النكاح بالكوفة والطلاق بها فقال علي رضي الله عنه وهو على المنبر: إن ابني هذا مطلاق فلا تزوجوه فقالوا: ثم يزوجوه، ثم يزوجوه.

ولأن فيه معنى كفران النعمة، ومعنى إزالة الرق من وجه؛ فإن «**النِّكاحُ رِقٌّ**» بالحديث[(٢)]؛ ولهذا صينت القرابة القريبة عن هذا الرق حيث حرم نكاح المحارم إليه أشار بقول عليه السلام: «**إنَّ أبغضَ المباحاتِ عند اللهِ الطَّلاقُ**» رواه أبو داود وابن ماجه[(٣)]، فقد نصَّ على إباحته؛ لما فيه من كفران.

ثم للطلاق ركن وهو: أنتِ طالق، ونحوه.

وأهل: وهو كل بالغ عاقل.

ومحل: وهو المنكوحة، وشرط النية وغيرها كما سنذكرها.

وحكم: وهو زوال الحكم عن المنكوحة عند شرطه.

وصفة: وهو كونه محظورًا في الأصل عندنا، وعند الشافعي على العكس، ويتبين هذا في مسألة الإرسال في كونه بدعيًا أو سنيًا، فقدَّم الشيخ بيان الصفة فقال:

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٤/ ١٦، برقم ٦٧٥٣) من حديث قيس بن زيد، (وبرقم ٦٧٥٤) من حديث أنس.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧/ ١٣٣) معلقا من حديث أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنهما، ثم قال: وروي ذلك مرفوعا، والموقوف أصح والله سبحانه أعلم.
وفي الباب قوله ﷺ «...فاتقوا الله عز و جل في النساء فإنهن عندكم عَوانٍ لا يملكن لأنفسهن شيئا..» والعاني هو: الأسير، أخرجه الترمذي (٢/ ٤٥٨، برقم ١١٦٣)، وابن ماجه (١/ ٥٩٤، برقم ١٨٥١)، وأحمد (٥/ ٧٢، برقم ٢٠٧١٤) واللفظ له.

(٣) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٥٥، برقم ٢١٧٨)، وابن ماجه (١/ ٦٥٠، برقم ٢٠١٨) من حديث ابن عمر رضي الله عنه مرفوعا بلفظ: «أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق».
وأخرجه الحاكم في المستدرك (٢/ ٢١٤، برقم ٢٧٩٤) بنحوه، ثم قال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

بَابُ طَلَاقِ السُّنَّةِ

قَالَ: (الطَّلَاقُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوجُه: حَسَنٌ، وَأَحسَنُ، وَبِدعِيٌّ. فَالأَحسَنُ: أَن يُطَلِّقَ الرَّجُلُ امرَأَتَهُ تَطلِيقَة وَاحِدَة فِي طُهر لَم يُجَامِعهَا فِيهِ، وَيَترُكَهَا حَتَّى تَنقَضِيَ عِدَّتُهَا)؛ لِأَنَّ الصَّحَابَةَ ﷺ كَانُوا يَستَحِبُّونَ أَن لَا يَزِيدُوا فِي الطَّلَاقِ عَلَى وَاحِدَة حَتَّى تَنقَضِيَ العِدَّةُ فَإِنَّ هَذَا أَفضَلُ عِندَهُم مِن أَن يُطَلِّقَهَا الرَّجُلُ ثَلَاثًا عِندَ كُلِّ طُهر وَاحِدَةٌ؛ وَلِأَنَّهُ أَبعَدُ مِن النَّدَامَةِ وَأَقَلُّ ضَرَرًا بِالمَرأَةِ وَلَا خِلَافَ لِأَحَد فِي الكَرَاهَةِ

باب طلاق السنة

في المبسوط: الطلاق نوعان: سِنِّي وبِدْعي.

فالسنِّي نوعان: سنِّي من حيث العَدد، وسنِّي من حيث الوقت(١).

والبِدعيُّ نوعان: [٤١٩/ب] بدعي بمعنى يعود إلى العدد، وبدعي بمعنى يعود إلى الوقت.

فالسني من حيث العدد نوعان: حسن، وأحسن.

(فالأحسن) إلى قوله: **(لأن الصحابة ﷺ كانوا يستحبون)**.

(ولأنه)؛ أي إيقاع الواحدة، **(أبعد من الندامة)**؛ حيث أبقى لنفسه مُكْنَة التدارك بأن يُراجعها في العدة، وبعدها بتجديد النكاح من غير تحلل زوج آخر.

وإبقاء مُكْنَة التدارك مندوب، قال الله تعالى: ﴿لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحۡدِثُ بَعۡدَ ذَٰلِكَ أَمۡرًا﴾ [الطلاق ١]، وأقل ضررًا بالمرأة؛ حيث لم تبطل محليتها نظرًا إليه؛ لأن اتساع المحلية نعمة في حقهن فلا يتكامل ضرر الإيحاش.

(ولا خلاف لأحد في الكراهة)؛ أي: في عدم الكراهة، يعني: لم يقل أحد بكراهة إيقاع الواحدة، بخلاف الحسن فإنه كان منه خلاف مالك(٢)؛ فيكون هذا أحسن؛ لأنه متيقن فيه(٣) فكان أحسن من المختلف فيه؛ لأن الأصل في الطلاق الحظر على ما نبين بعد، والإباحة لحاجة الخلاص؛ يعني: التخلص

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٣).

(٢) في الأصل: (فإن خلاف مالك) وما أثبتناه من النسخة الثانية.

(٣) في الأصل: (فكا متيقن) وما أثبتناه من النسخة الثانية.

(وَالحَسَنُ هُوَ طَلَاقُ السُّنَّةِ، وَهُوَ: أَن يُطَلِّقَ المَدخُولَ بِهَا ثَلَاثًا فِي ثَلَاثَةِ أَطهَار) وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنَّهُ بِدعَةٌ وَلَا يُبَاحُ إِلَّا وَاحِدَةٌ؛ لِأَنَّ الأَصلَ فِي الطَّلَاقِ هُوَ الحَظرُ وَالإِبَاحَةُ لِحَاجَةِ الخَلَاصِ، وَقَدِ اندَفَعَت بِالوَاحِدَةِ. وَلَنَا: قَولُهُ ﷺ فِي حَدِيثِ ابنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُمَا: «إِنَّ مِنَ السُّنَّةِ أَن تَستَقبِلَ الطُّهرَ استِقبَالًا فَتُطَلِّقَهَا لِكُلِّ قُرءٍ تَطلِيقَة» وَلِأَنَّ الحُكمَ يُدَارُ عَلَى دَلِيلِ الحَاجَةِ، ....

منها بتباين الأخلاق، وتنافر الطباع، وسوء المعاشرة منها، وهذا المعنى يحصل بالواحدة فلا يحتاج إلى الثانية.

في حديث روي أنه عليه السلام قال لعمر حين طلّق ابنُهُ امرأتَهُ في حال الحيض: «**إنّ ابنكَ أخطأَ السُّنةَ، مُر ابنكَ فليراجِعْها، ما هكذا أمركَ اللهُ تعالى، إنَّ من السُّنةِ أن يستقبلَ الطُّهر استقبالًا فيطلّقها لكلِّ قرءٍ تطليقة؛ فتلك العدَّةُ التي أمرَ اللهُ تعالى أن يُطَلَّقَ لهَا النِّساءُ**»[(١)] يريد به الإشارة إلى قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١].

ولما قابل الله تعالى الطلاق [بالعدّة][(٢)]، والطلاق ذو عدد، والعدّة ذات عدد؛ ينقسم آحاد هذا على آحاد ذلك؛ كقوله: أعط هؤلاء الثلاثة ثلاثة دراهم[(٣)]؛ فالله تعالى أمر بتفريق الطلاق على الأطهار، والوجوب ليس بمراد إجماعًا فبقيت السنة.

ولأن أدنى درجات الأمر الندب، والمندوب إليه يكون حسنًا.

ولأنه عليه السلام نصَّ على كونه سنة؛ حيث قال: «**إن من السنة**».

يؤيده ما روى إبراهيم عن الصحابة.

(**إن هذا**)؛ أي: إيقاع الواحدة أحسن، وإذا كان هذا أحسن كان هذا حسنًا في نفسه ضرورة.

ولأن الحكم وهو إباحة الطلاق يدار على دليل الحاجة لا على حقيقة

(١) أخرجه البخاري (٦/ ١٥٥، برقم ٤٩٠٨)، ومسلم (٢/ ١٠٩٣، برقم ١٤٧١) بنحوه عندهما.
(٢) ما بين المعكوفتين سقط من الأصول، وقد أثبتناه لاقتضاء السياق ذلك من المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٤).
(٣) في الأصل: (أعط هذه الثلاثة ثلاثة دراهم) وما أثبتناه من النسخة الثانية.

وَهُوَ الإِقْدَامُ عَلَى الطَّلَاقِ فِي زَمَانِ تَجَدُّدِ الرَّغْبَةِ، وَهُوَ الطُّهرُ الخَالِي عَن الجِمَاعِ، فَالحَاجَةُ كَالمُتَكَرِّرَةِ نَظَرًا إِلَى دَلِيلِهَا، ....

الحاجة؛ لأن تباين الأخلاق وتنافر الطباع أمر باطن لا يمكن الوقوف عليها، فأقيم السبب الظاهر الدَّال عليها وهو الطهر الذي لم يجامعها فيه مقام حقيقة الحاجة؛ لأنه زمان رغبة فيها طبعًا وشرعًا فلا يختارُ فراقها إلا لحاجة، والطهر الثاني والثالث نظير للأول في كونهمَا دليلا الرغبة؛ فصارت الحاجة كالمتكررة بالنظر إلى دليلها، وهذا جواب عن قول مالك: اندفعت الحاجة بالواحدة؛ يعني: لا نسلم اندفاعها.

والشرط أن لا يكون في طُهر جماع على ما نُبين.

ولأن اندفاع حقيقة الحاجة ممنوع؛ فإن الإنسان قد يحتاج إلى حسم باب النكاح لما لم يكن فيه مصلحة للتنافر والتباين؛ لكن يميل قلبه إليها لحسن ظاهرها فيحتاج إلى الحسم على وجه ينسد باب الوصول إليها ولا يلحقه الندم، ولا يمكن دفع هذه الحاجة بإيقاع الثلاث جملة واحدة؛ لأنها عسى تعقب الندم، ولا يمكن دفع هذه ولا يمكنه التدارك فيقع في الزنا فيحتاج إلى إيقاع الثلاث في ثلاثة أطهار، فيطلقها تطليقة رجعية في طهر لا جماع فيه ويجرب نفسه أنه هل يمكنه الصبر عنها؟ فإن لم يمكنه أرجعها وإن أمكنه طلقها أخرى في الطهر الثاني، ويجرب نفسه ثم يطلقها ثالثة في الطهر الثالث فينحسم عليه باب النكاح من غير ندم يلحقه ظاهرًا وغالبًا؛ فكان إيقاع الثانية والثالثة في الطهر الخالي مع الحاجة، فيكون مسنونًا. كذا في مبسوط فخر الإسلام(١).

ثم إذا وقع عليها الثلاث في ثلاثة أطهار فقد مضى من عدتها حيضتان إن كانت حُرة؛ لأن العدَّة بالحيض عندنا، وبقيت حيضة واحدة؛ فإذا حاضت أخرى انقضت عدتها.

ولو كانت أمة فبوقوع الطلقتين في طهرين، تمضي من عدتها حيضة وبقيت حيضة؛ لانقضاء عدتها.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ٨٩).

ثُمَّ قِيلَ: الأَولَى أَن يُؤَخِّرَ الإِيقَاعَ إِلَى آخِرِ الطُّهرِ احتِرَازًا عَن تَطوِيلِ العِدَّةِ، وَالأَظهَرُ أَن يُطَلِّقَهَا كَمَا طَهُرَت؛ لِأَنَّهُ لَو أَخَّرَ رُبَّمَا يُجَامِعُهَا، وَمِن قَصدِهِ التَّطلِيقُ فَيُبتَلَى بِالإِيقَاعِ عَقِيبَ الوِقَاعِ.

(وَطَلَاقُ البِدعَةِ: أَن يُطَلِّقَهَا ثَلَاثًا بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ، أَو ثَلَاثًا فِي طُهرٍ وَاحِدٍ، فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ وَقَعَ الطَّلَاقُ وَكَانَ عَاصِيًا) ....

وقال الشافعي في قول: ابتداء العدة من آخر التطليقات إذا تكرر الإيقاعُ؛ لأن الطلاق بعد الدخول موجبٌ للعدة كالحدث بعد الطهارة موجبٌ للوضوء؛ فالحدث بعد غسل أعضاء الوضوء يلزمه استئناف الوضوء فكذا تكرر وقوع الطلاق يلزمها استئناف العدة[(١)].

وقلنا: السبب الموجب للعدة الطلاق بعد الدخول، وإنما تصير شارعة في العدة حين يصير الزوج غير مريد لها، وقد حصل [٤٢٠/أ] ذلك بالطلقة الأولى، ثم الثانية والثالثة تقرر ذلك المعنى ولا يبطل[(٢)].

يوضحه أن المقصود من العدة تَبَيُّنُ فراغَ الرَّحِم، وذا لا يتغير بتكرار الطلاق وعدمه؛ فكانت عدتها من الأولى، وعلى هذا اتفقت الصحابة. كذا في المبسوط[(٣)].

قوله: **(ثم قيل)** قال بعض مشايخنا: **(يؤخر الإيقاع إلى آخر الطُّهر)** ليكون أبعد **(عن تطويل العدة)**.

والأظهر أن ظاهر ما يقول محمد في الكتاب يدل على أنه يُطلقها كما طهرت؛ فيبتلى بالإيقاع عقيب الوقاع وهو بدعة[(٤)].

قوله: **(فإذا فعل ذلك)**؛ أي: إيقاع الثلاث بكلمة واحدة أو في طهر واحد **(وقع الطلاق)**.

---

(١) انظر: الأم للشافعي (٥/ ٢٥٨)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (١١/ ١٠٨).
(٢) في الأصل: (وقد حصل ذلك بالطلقة الثانية، والثالثة تقرر ذلك المعنى ولا يبطل) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٨).
(٤) انظر: العناية شرح الهداية (٣/ ٤٦٨).

....

وكذا إيقاع الطلاق في حالة الحيض حرام، ويقع الطلاق باتفاق الفقهاء.

وقال أصحاب الظاهر والشيعة: لا يقع الطلاق في حالة الحيض(١)(٢) والثلاث بكلمة واحدة.

فعند الإمامية: لا يقع شيء أصلًا، وبه قال المريسي.

وعند الزيدية منهم: تقع واحدة(٣)، وبه قال أصحاب الظاهر(٤)، ويزعمون أنه قول علي.

وعن ابن عباس: «**كان طلاقَ الثلاثِ على عهدِ رسولِ اللهِ واحدةً وكذا في زمنِ أبي بكرٍ وثلاثًا من إمارةِ عمر**» رواه البخاري ومسلم(٥).

ولأنه مأمور شرعًا بإيقاع الطلاق للسنة، [والمأمور من جهة الزوج بإيقاع الطلاق بالسنة](٦) وهو الوكيل لو أوقع لغير السنة لا يقع؛ فكذا المأمور شرعًا بل أولى لأن أمر الشرع [ألزم](٧).

وقلنا: النهي في التصرفات الشرعيّة دليل على وجود المنهي عنه شرعًا على ما عُرف في الأصول، خصوصًا إذا دلَّ الدليل على أنه في غير المنهي عنه كالصلاة في الأرض المغصوبة، وهاهنا دليل على أنه لمعنى في غير المنهي وهو تطويل العدة أو اشتباه أمر العدة عليها أو سد باب التدارك عند الندم؛ فلا يمنع نفوذه. بخلاف الوكيل؛ فإن نفوذ تصرفه بأمر الموكل فإذا خالف لا ينفذ، وهاهنا يقوده باعتبار ملكه وهو أهل له.

يؤيده ما قلنا ما روى عبادة ابن الصامت أن قومًا جاؤوا إلى النبي ﷺ وقالوا: إن أبانا طلَّق امرأته ألفًا، فقال عليه السلام: «**بانَت بثلاثٍ في**

(١) انظر: سبل السلام (٢/ ٢٥٠)، نيل الأوطار (٦/ ٢٦٦).
(٢) انظر: المحلى بالآثار (٩/ ٣٧٤).
(٣) انظر: سبل السلام (٢/ ٢٥٦)، نيل الأوطار (٦/ ٢٩٠).
(٤) انظر: المحلى بالآثار (٩/ ٣٨٤).
(٥) أخرجه مسلم (٢/ ١٠٩٩)، ولم يخرجه البخاري انظر: تحفة الأشراف للمزي (٥/ ١٣).
(٦) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٧) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

....

معصيةِ اللهِ، وبقيَ تسعُ مائةٍ وسبعٌ وتسعونَ إثمًا في عنقِه»[١].

وما أن عويمرًا العجلاني لمَّا لاعَن امرأته قال: كذبت عليها يا رسولَ الله إن أمسكتها فهي طالق ثلاثًا[٢]؛ فلم ينكر عليه إيقاع الثلاث جملة.

وقالت فاطمة بنت قيس: طلقني زوجي ثلاثًا، فلم يجعل لي النبيُّ عليه السلام نفقةً ولا سُكنى[٣].

وطلَّق ابنُ عوف تماضرَ في مرضه ثلاثًا[٤]، وطلَّق الحسن ابن علي امرأته شهبَاء ثلاثًا حين هَنَّأَتْهُ بالخلافة بعد موت علي[٥].

وما قالوا إنه قول علي، افتراء منهم على علي [رضي الله تعالى عنه][٦]، ومشهور من قول علي: كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه[٧]. كذا في المبسوط[٨].

وفي تفسير الكلبي: أجمعت الأمة على وقوع الثلاث [٩].

وفي شرح الطحاوي وغيره: لم يجعل أصحابنا قول من نفَى الوقوع خلافًا؛ لأنهم أوجبوا الحد على من وطئها في العدة حتى لا يجوز لقاض أن يقضي به ولو قضى لا ينفذ فكان قاضيًا لمخالفة السنة[١٠]، وبه قال: مالك[١١] وأحمد في رواية[١٢].

(١) أخرجه الدارقطني في السنن (٥/ ٣٧) وقال: رواته مجهولون وضعفاء إلا شيخنا وابن عبد الباقي.
(٢) أخرجه البخاري (٧/ ٤٢)، و مسلم (٢/ ١١٢٩).
(٣) أخرجه مسلم (٢/ ١١٢٠).
(٤) أخرجه الدارقطني في السنن (٥/ ١١٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/ ٥٩٣).
(٥) أخرجه الدارقطني في السنن (٥/ ٥٥)، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/ ٤١٩).
(٦) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٧) أخرجه البخاري (٧/ ٤٦) معلقا بلفظ: وكل الطلاق جائز، إلا طلاق المعتوه.
(٨) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٤).
(٩) نقل الإجماع: الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/ ٥٦)، والباجي في المنتقى (٤/ ٨٥)، وابن حجر في فتح الباري (٩/ ٣٦٥).
(١٠) شرح مختصر الطحاوي للجصاص (٥/ ٦١).
(١١) انظر: الرسالة للقيرواني (ص: ٩٣)، الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي (٢/ ٣٦٢).
(١٢) انظر: المبدع لابن مفلح (٦/ ٣٠٣)، الإنصاف للمرداوي (٨/ ٤٥٣).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: ....

(وقال الشافعي)[١]، وأحمد في رواية[٢]، وأبو ثور: إيقاع الثلاث جملة أو في غير طهر ليس بحرام فغير بدعة؛ لكون الطلاق مأمورًا به مطلقًا بالنص، والشارع عليه السلام لم يأمر إلا بما هو مشروع؛ ولهذا يقع بالإجماع، ومتى كان مشروعًا لا يكون محظورًا للتنافي بينهما.

ولحديث عويمر العجلاني كما ذكرنا، وحديث فاطمة، وابن عوف، والحسن بن علي؛ فإن الكل يدل على إباحته.

ولأنه إزالة ملك بطريق الإسقاط فيكون مباحًا مطلقًا جَمَعَ أو فَرَّقَ، فكذا في حق الواحد بل أولى؛ لأن هذا يزيل الملك عن امرأة واحدة وهنا يزيل الملك عن أربع، بخلاف ما لو طلقها في حالة الحيض؛ لأنه مباح له في الأصل لما ذكرنا، والحرمة تعارض الإضرار بها، وهو تطويل العدة عليها بخلاف ما لو وطئها في طهر جامعها؛ حيث يلزم الإضرار بها أيضًا بتلبيس أمر العدة عليها.

وبخلاف ما لو طلقها في طهرٍ؛ فإنه لا يدري أنها حامل فتعتد بفرض وضع الحمل، أو حائل فتعتد بالأقراء، وذلك منعدم فيما نحن فيه، وهذا معنى قول أصحاب الشافعي: هذا طلاق صادف زمان الاحتساب مع زوال الارتياب. كذا في المبسوط[٣].

وفي الإيضاح: هذا راجعٌ إلى أصل، وهو أن الإباحة في الطلاق أصلٌ عنده كما في سائر التصرفات المشروعة فيكون إيقاع الطلاق مباحًا غير بدعة عنده[٤].

وعندنا: الأصل الحظر؛ لما روي أنه عليه السلام قال: «**أبغض المباحات**

(١) انظر: نهاية المطلب للجويني (١٤/ ٢٧)، أسنى المطالب للشيخ زكريا الأنصاري (٣/ ٢٦٥).
(٢) انظر: المبدع لابن مفلح (٦/ ٣٠٣)، الإنصاف للمرداوي (٨/ ٤٥١).
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٥).
(٤) انظر: العناية شرح الهداية (٣/ ٤٦٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢٨٥).

....

إلى اللهِ تعالى الطَّلاقُ»[١] وصفه بكونه مبغضًا، وحقيقة إطلاق البغض إثبات [٤١٥/ب] الكراهة لذلك الشيء.

وقال عليه السلام: «**تَزوَّجوا ولا تُطَلِّقوا امرأةً؛ فإن الطلاقَ يهتزُّ به عرشُ الرحمن**»[٢] رواه أبو داود في سننه.

ولما روينا من قوله عليه السلام: «**لعنَ اللهُ كلَّ ذَوَّاقٍ مِطْلاقٍ**»[٣]. وقوله عليه السلام: «**أيُّما امرأةٍ اختلعَت**»[٤] الحديث.

فإن قيل: قد قلنا إنه مأمور به فكيف يكون محظورًا؟

قلنا: الأمر لا ينفي الحظر؛ فإن المحظور قد يرخص لصيغة الأمر حتى لا يقع في محظور فوقه كالحنث في اليمين.

وروي أن رجلًا طلّق امرأته ثلاثًا بين يدي النبي عليه السلام فقام عليه السلام مغضبًا وقال: «**أتلعبونَ بكتابِ اللهِ تعالى وأنا بين أظهُرِكُم**»[٥] واللعب بكتابه تعالى ترك العمل به، فدل على أن إيقاع الثلاث جملة مخالف للعمل بما في الكتاب، وأن المراد بقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق ١] تفريق الطلقات على عدد الأقراء.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٥٥، برقم ٢١٧٨)، وابن ماجه (١/ ٦٥٠، برقم ٢٠١٨) من حديث ابن عمر ﷺ مرفوعا بلفظ: «أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق».

وأخرجه الحاكم في المستدرك (٢/ ٢١٤، برقم ٢٧٩٤) بنحوه، ثم قال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

(٢) ذكره الديلمي في الفردوس (٢/ ٥١، رقم ٢٢٩٣) من حديث علي، وضعفه السخاوي بالمقاصد الحسنة (ص: ٤٩)، والعجلوني في كشف الخفاء (صـ ٣٦).

(٣) لم أجده بهذا اللفظ، ولعل الأقرب له ما أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٤/ ١٨٧، برقم ١٩١٩٣) «إن الله لا يحبُّ كل ذوّاقٍ من الرجال، ولا كلَّ ذواقةٍ من النساء».

(٤) أخرجه الترمذي تعليقا بصيغة التمريض (٢/ ٤٨٣، برقم ١١٨٦).

(٥) أخرجه النسائي في السنن الكبرى (٥/ ٢٥٢) من حديث محمود بن لبيد، وقال: لا أعلم أحدا روى هذا الحديث غير مخرمة.

قال الرُّباعي: ورواته مُوَثَّقون، وقال في "الهدي النبوي": إسناده على شرط مسلم. فتح الغفار (٣/ ١٥٠٧).

كُلُّ الطَّلَاقِ مُبَاحٌ، لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ مَشرُوعٌ حَتَّى يُستَفَادَ بِهِ الحُكمُ، وَالمَشرُوعِيَّةُ لَا تُجَامِعُ الحَظرَ، بِخِلَافِ الطَّلَاقِ فِي حَالَةِ الحَيضِ؛ لِأَنَّ المُحَرَّمَ تَطوِيلُ العِدَّةِ عَلَيهَا لَا الطَّلَاقُ. وَلَنَا: أَنَّ الأَصلَ فِي الطَّلَاقِ هُوَ الحَظرُ لِمَا فِيهِ مِن قَطعِ النِّكَاحِ الَّذِي

وفي حديث عبادة أنه قال: «**بانَتْ في معصيةِ الله**»(١) دليل على ما قلنا، وهو أنه واقع مع الكراهة.

وبهذه الآثار تبين أنه عليه السلام إنما ترك الإنكار على العَجلاني في ذلك الوقت شفقة عليه؛ لعلمه أنه لشدة الغضب ربما لا يقبل قوله فيكفر فأخره لذلك وأنكر عليه في قوله: «**اذهبْ فلا سبيلَ لكَ عليها**».

أو كراهة إيقاع الثلاث؛ لما فيه من سد باب التلاقي من غير حاجة، وذلك غير موجود في حق العجلاني؛ لأنه كان مصرًا على اللعان وباب التلاقي مُنسَدّ على المتلاعنين ما داما مُصرَّين على اللعان. كذا في المبسوط(٢).

وفيه: ولنا: إجماع الصحابة روي عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وأبي هريرة وعمران ابن الحصين كراهة إيقاع الثلاث بألفاظ مختلفة.

وعن أبي قتادة الأنصاري قال: لو أن الناس طلقوا نساءهم كما أُمِروا؛ ما فارق رجلٌ امرأتَهُ وله إليها حاجة، فإنه يذهب يطلقها ثلاثًا ثم يقعد يعصر عينيه، فهلّا مهلًا بارك الله عليكم، فيكم كتاب الله وسنة رسوله، فماذا بعد ذلك إلا الضلالة(٣).

ولأن قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ [البقرة:٢٢٩] معناه في دفعتين، كقولك: أعطيته مرتين وضربته مرتين، واللام للجنس فينبغي أن يكون كل طلاق مباح في دفعتين، ودفعة ثالثة في قوله: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا﴾ أو في قوله: ﴿أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ على حسب ما اختلف فيه أهل التفسير.

قال الكرخي: لا أعرف بين أهل العلم خلافًا أن إيقاع الثلاث جملة مكروه

---

(١) أخرجه الدارقطني في السنن (٥/ ٣٧) وقال: رواته مجهولون وضعفاء إلا شيخنا وابن عبد الباقي.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٦).
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٦).

تَعَلَّقَت بِهِ المَصَالِحُ الدِّينِيَّةُ وَالدُّنيَوِيَّةُ، وَالإِبَاحَةُ لِلحَاجَةِ إِلَى الخَلَاصِ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى الجَمعِ بَينَ الثَّلَاثِ وَهِيَ فِي المُفَرَّقِ عَلَى الأَطهَارِ ثَانِيَة نَظَرًا إِلَى دَلِيلِهَا،

إلا قول ابن سيرين، وإن قوله ليس بحجة.

وعلم مما ذكرنا أن ابن عوف طلَّق تماضر ثلاثًا في ثلاثة أطهار.

والحسن قال لشهباء: أنت طالق ثلاثًا للسنة، وهذا لا بأس به عندنا.

ولأن فيه تحريم البضع بالقول من غير حاجة؛ فيكون مكروهًا كالظهار [بل أولى؛ فإن الظهار][1] تحريمة بلا إزالة ملك، والطلاق تحريمة مع إزالة الملك، إلا أن الشرع جعل الطلاق متعددًا لمعنى التدارك عند الندم فلا يحل له تفويت هذا المعنى على نفسه بإيقاع الثلاث دفعة بعد ما نظر له الشرع، كما لا يباح له الإيقاع في حالة الحيض؛ لأنه حالة نفرة الطبع؛ فالظاهر أنه يندم إذا جاء زمان الطُّهر فيكره فهذا مثله، وهذا معنى **قوله: (والإباحة للحاجة إلى الخلاص)** إلى آخره.

وفي مبسوط فخر الإسلام: في إيقاع الثلاث دفعة معارضة الشرع؛ فإن الإسقاطات لا تتعدد في الأصل كالعتاق وغيره، وإنما جعل الشرع الطلاق متعددًا لمعنى التدارك عند الندم فلا يحل له تفويت هذا المعنى على نفسه بعدما نظر الشرع له المصالح الدينية وهي: حفظ نفسه ونفسها من الزنا، وتكثير الموحدين، [وتحقيق][2] مباهاة سيد المرسلين بكثرة أمّته، ومصالح الدنيا وبه: من السكن والازدواج وغيرهما من أمر المعيشة؛ فإنه يعمل خارج البيت وهي داخل البيت فينتظم أمرها. كذا في تعليقات البرغري[3].

قوله: (وهي) أي: الحاجة، إلى آخره؛ جواب سؤال مقدَّر وهو أن يقال: لو كان الأصل في الطلاق الحظر، والإباحة تعارض الحاجة، ينبغي أن لا يتاح التفريق على الأطهار؛ لأنه لا يمكن تصور الحاجة في الثانية والثالثة؛ لأن هذه الحاجة حاجة التخلص عن عُهدتها وقد حصلت بالواحدة.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٦).

وَالحَاجَةُ فِي نَفسِهَا بَاقِيَةٌ فَأَمكَنَ تَصوِيرُ الدَّلِيلِ عَلَيهَا، والمَشرُوعِيَّةُ فِي ذَاتِهِ مِن حَيثُ إِنَّهُ إِزَالَةُ الرِّقِّ لَا تُنَافِي الحَظرَ لِمَعنًى فِي غَيرِهِ وَهُوَ مَا ذَكَرنَاهُ، وَكَذَا إِيقَاعُ الثِّنتَينِ فِي طُهرٍ وَاحِد بِدعَةٌ؛ لِمَا قُلنَا. وَاختَلَفَتِ الرِّوَايَةُ فِي الوَاحِدَةِ البَائِنَةِ.

يقال: دليل الحاجة، وهو: الطهر الخالي عن الجماع باقٍ؛ فتثبت الحاجة نظرًا إلى دليلها.

وقوله: (والحاجة في نفسها) أي: في ذاتها؛ جوابُ سؤال أيضًا يردُّ على هذا الجواب، وهو أن يقال: دليل الحاجة إنما يتصور في صورة بتصور الحاجة ولا يتصور هاهنا.

يقال: الحاجة باقية في نفسها فأمكن تصوير الدليل عليها، وذلك أنا قرَّرنا أن الإنسان يحتاج إلى حسم باب النكاح إلى آخر ما ذكرنا في جواب قول مالك.

وقوله: [٤١٦/أ] **(والمشروعية)** إلى آخره؛ جواب عن قول الخصم: أن لا جامع الحظر لمعنى في غيره، وهو تضمنه قطع النكاح المسنون المشتمل على المصالح، وهو المراد **بقوله: (وهو ما ذكرناه)**؛ يعني: يجوز أن يكون الطلاقُ باعتبار قطع النكاح المسنون محظورًا، [وباعتبار الأثر المصوغ له، وهو: إزالة العبد والمملوكية غير محظور][١]؛ بل كان مشروعًا فيكون محظورًا؛ فيجامع المشروعية كالصلاة في الأرض المغصوبة، والبيع وقت النداء.

لما قلنا: وهو أنه لا حاجة إلى الجمع، والكراهة لمعنى عدم الحاجة حقيقة وحكمًا وهذا موجود في الثانية.

ولأن إيقاع الثنتين وإن كان لا يحصل منه تحريم البضع فإنه يقرب من تحريم البضع، وهذا القرب معتبر في الحكم؛ ألا ترى أن المرأة إذا قالت لزوجها: طلقني ثلاثًا بألف، فطلقها واحدة يلزمه[٢] ثلث الألف، ولو طلقها ثنتين يجب ثلثا الألف؛ فكما أن سدَّ باب التلاقي حرام من غير حاجة؛ فكذا ما

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) في الأصل: (يلزمها) وما أثبتناه من النسخة الثانية.

قَالَ فِي الأَصلِ: إنَّهُ أخطأَ السُّنَّةَ؛ لِأَنَّهُ لَا حَاجَةَ إلَى إثبَاتِ صِفَةٍ زَائِدَةٍ فِي الخَلَاصِ وَهِيَ البَينُونَةُ، وَفِي الزِّيَادَاتِ أَنَّهُ لَا يُكرَهُ لِلحَاجَةِ إلَى الخَلَاصِ نَاجِزًا.

(وَالسُّنَّةُ فِي الطَّلَاقِ مِن وَجهَينِ: ....

يقرب منه يكون حرامًا. كذا في المبسوط[١].

(قال في الأصل) -أي المبسوط-: وهو ظاهر الرواية.

وفي الزيادات: أن الثانية بصفة السنة كالرجعية؛ لأن ابن ركانة طلّق امرأته ألبتة ولم ينكر النبي عليه السلام عليه إيقاعه بهذا اللفظ[٢].

والواقع به يكون بائنًا، ولو كان خلاف السنة لأنكر كما أنكر علَى ابن عمر.

ألا ترى أنه يجوز الخلع بلا كراهة والواقع به بائن به، والطلاق قبل الدخول سنّي مع أنه بائن.

وجه [ظاهر الرواية: أن إثبات صفة البينونة؛ كإثبات عدد الثلاث في سد باب][٣] التلاقي عن نفسه عند الندم يقطع خيار الرجعة، بخلاف الخلع؛ فإنه قد يحتاج إلى ذلك لاسترداد ما بذل عليها من الصداق إذا كان النشوز منها مع أن الخلع لا يكون إلا عند ضيق الحاجة؛ ولهذا روي عن أبي حنيفة: أن الخلع لا يكره في حالة الحيض، والطلاق قبل الدخول لا يكون بائنًا[٤].

وتأويل حديث ركانة: أنه طلّقها قبل الدخول، وقبله بأي لفظة أوقع يكون بائنًا، ويحتمل أنه أخّر الإنكار شفقة عليه؛ لعلمه أنه لفرط الغيظ لا يقبل في ذلك الوقت قوله فَيُكَفِّر.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٧).

(٢) والحديث أخرجه أبو داود (٢/ ٢٦٠)، والترمذي (٢/ ٤٧١)، وابن ماجه (١/ ٦٦١)
قال الترمذي: هذا حديث، لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وسألت محمدا عن هذا الحديث، فقال: فيه اضطراب.
قال محمد بن ماجة: سمعت أبا الحسن علي بن محمد الطنافسي، يقول: ما أشرف هذا الحديث، قال ابن ماجة: أبو عبيد تركه ناجيه، وأحمد جبن عنه.

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٤) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٨)، تبيين الحقائق لفخر الدين الزيلعي (٢/ ١٩١).

سُنَّةٌ فِي الوَقتِ، وَسُنَّةٌ فِي العَدَدِ. فَالسُّنَّةُ فِي العَدَدِ يَستَوِي فِيهَا المَدخُولُ بِهَا وَغَيرُ المَدخُولِ بِهَا) وَقَد ذَكَرنَاهَا (وَالسُّنَّةُ فِي الوَقتِ تَثبُتُ فِي المَدخُولِ بِهَا خَاصَّة، وَهُوَ أَن يُطَلِّقَهَا فِي طُهر لَم يُجَامِعهَا فِيهِ) لِأَنَّ المُرَاعَى دَلِيلُ الحَاجَةِ وَهُوَ الإِقدَامُ عَلَى

قوله: (سنة في الوقت) وهو: أن يطلقها في طُهرٍ خال عن الجماع.

(يستوي فيها) أي في السنة.

(في العدد) وهو أن يطلقها واحدة.

(وغير المدخول) سواء في أن لا يحل له أن يطلقها إلا واحدة؛ حتى لو قال لغير المدخول بها: أنت طالق ثلاثًا للسنة؛ تقع في الحال واحدة، سواء كانت حائضًا أو طاهرة، ولا يقع عليها الثانية إلا بالتزوج، وكذا الثالثة بالتزوج ثالثًا؛ لأن الطلاق السني المرتب في غير المدخول بها لا يتصور إلا على هذا الوجه. ذكره محمد في الجامع الكبير[١].

وسمَّى الواحد عددًا؛ باعتبار أنه أصل العدد، وإن لم يكن الواحد عددًا في نفسه في المدخول بها خاصة، وبه قال الشافعي[٢]، ومالك[٣].

والخلوة كالدخول عندنا: في وقت العدة، ومراعاة وقت السنة في الطلاق لأجل العدة؛ فتقام الخلوة[٤] فيه أيضًا مقام الدخول. كذا في المبسوط[٥].

(في طُهْرٍ لم يجامعها فيه)؛ هاهنا قيدٌ لابدَّ من معرفته، وهو: أن الطهرَ الذي جامعها فيه، ولم يسبق طلاق في حيض ذلك الطهر وجماع؛ فإنه لو طلقها في حيض ذلك الطهر لم يكن الطلاق في ذلك الطهر شيئًا وإن لم يجامعها فيه، وكذا لو وطئها حالة الحيض؛ لم يكن الطلاق فيه شيئًا. كذا في الذخيرة والزيادات[٦].

---

(١) انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٣/ ٢٥٨).
(٢) انظر: أسنى المطالب للشيخ زكريا الأنصاري (٣/ ٢٨٧)، تكملة المجموع للمطيعي (١٧/ ١٢٨).
(٣) انظر: التاج والإكليل للمواق (٥/ ٣٠٦)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٣٧٩).
(٤) تكررت الجملة في الأصل؛ فقال: (فتقوم الخلوة).
(٥) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٦).
(٦) انظر: النكت للسَّرَخْسِي (ص: ٢٢)، بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ٩١).

الطَّلَاقِ فِي زَمَانِ تَجدُّدِ الرَّغبَةِ وَهُوَ الطُّهرُ الخَالِي عَن الجِمَاعِ، أَمَّا زَمَانُ الحَيضِ فَزَمَانُ النَّفرَةِ، وَبِالجِمَاعِ مَرَّة فِي الطُّهرِ تَفتُرُ الرَّغبَةُ (وَغَيرُ المَدخُولِ بِهَا يُطَلِّقُهَا فِي حَالَةِ الطُّهرِ وَالحَيضِ) خِلَافًا لِزُفَرَ رَحِمَهُ اللهُ هُوَ يَقِيسُهَا عَلَى المَدخُولِ بِهَا. وَلَنَا: أَنَّ الرَّغبَةَ فِي غَيرِ المَدخُولِ بِهَا صَادِقَةٌ لَا تَقِلُّ بِالحَيضِ مَا لَم يَحصُل مَقصُودُهُ مِنهَا، وَفِي المَدخُولِ بِهَا تَتَجَدَّدُ بِالطُّهرِ.

وإنما شرط أن لا يكون في حيضة طلاق ولا جماع؛ لأن الطلاق في الحيض بمنزلة الطلاق في الطُّهر؛ لأن تلك الحيضة لا يُعتدّ بها فيكون كالطلاق في الطُهر فلا يطلقها أخرى فيه، وكذا لو جامعها في الحيض؛ لاحتمال أن الجماع[1] وقع معلّقًا؛ فيظهر الحبل فيندم على صنيعه؛ فيظهر أنه طلق لا لحاجة ويأثم.

(ولنا: أن الرغبة) إلى آخره، في المبسوط: رغبته فيها بالنكاح، فلا يعد[2] ذلك بحيضها ما لم تَحصل مقصودة منها؛ فكان الإيقاع دليل عدم موافقة الأخلاق، بخلاف المدخول بها؛ فإن ما كان مقصوده بالنكاح قد حصل منها، وإنما رغبته في الطُهر بعد ذلك؛ لتمكنه فيه من قربانها، فينعدم ذلك بالحيض[3].

يوضحه: أن إباحة الإيقاع بشرط أن يأمن الندم كما قال الله تعالى: ﴿لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحۡدِثُ بَعۡدَ ذَٰلِكَ أَمۡرٗا﴾ [الطلاق ١] وفي الإيقاع في الحيض على المدخول بها لا يحصل الندم إذا جاء زمان الطهر والرغبة فيها، وكذا الإيقاع في طُهر الجماع لا يأمن الندم فربما يظهَر الحبل فيحمله شفقته على الولد على تحمل سوء خلقها.

إليه أشار ابن مسعود بقوله: لعل شفقة الولد تندمه، وحديث ابن عمر في المدخول بها بدليل قولِهِ عليه السلام: «فَلْيراجِعها» والرجوع يكون بعد الدخول لا قبله.

---

(١) في الأصل: (الجامع) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٢) في الأصل: (يقل) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٧).

قَالَ: (وَإِذَا كَانَت المَرأَةُ لَا تَحِيضُ مِن صِغَرٍ أَو كِبَرٍ، فَأَرَادَ أَن يُطَلِّقَهَا ثَلَاثًا لِلسُّنَّةِ طَلَّقَهَا وَاحِدَةً، فَإِذَا مَضَى شَهرٌ طَلَّقَهَا أُخرَى)؛ لِأَنَّ الشَّهرَ فِي حَقِّهَا قَائِمٌ مَقَامَ الحَيضِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ﴾ [الطلاق: ٤] إِلَى أَن قَالَ: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ﴾ [الطلاق: ٤] وَالإِقَامَةُ فِي حَقِّ الحَيضِ خَاصَّة، حَتَّى يُقَدَّرَ الِاستِبرَاءُ

قوله: (**من صِغَرٍ أو كِبَرٍ**) وكذا من حمل عندنا؛ [٤١٦/ ب] لأن الحامل لا تحيض.

وعند الشافعي: وإن كانت الحامل تحيض؛ فَطلاقه في حالة الحيض ليسَ ببدعة(١).

وقال أبو إسحاق من أصحابه: بدعة [عنده؛ ولكن الأولى عندي التفريق](٢) ومذهبه الأول، ولا يتأتى هاهنا خلاف الشافعي؛ لأن إيقاع الثلاث بكلمة واحدة غير بدعة عنده وقد مرَّ، ولكن الأولى عنده التفريق [على الأطهار](٣) على الأشهَر(٤).

﴿وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ﴾ [الطلاق: ٤]؛ أي: الصغائر اللاتي لم يبلغن، أو اللاتي بلغن بغير الحيض؛ كذلك يعتدون ثلاثة أشهر. كذا في التيسير(٥).

وعن العلَّامة مولانا حُميد الدين: إنما قال: ﴿لَمۡ يَحِضۡنَۚ﴾، وما قال: لا يحضن؛ لأنه لو قال لا يحضن؛ يمكن أن لا ترى الحيض في هذا الزمان، ويمكن أنها قد كانت رأت قبل هذا الزمان؛ فقال: ﴿لَمۡ يَحِضۡنَۚ﴾؛ يعني: لا يرين الحيض أصلًا(٦).

قوله: (**والإقامة**) إلى آخره؛ أي: إقامة الشهر مقام الحيض، والطهر في حق التي لم تحض، وليس كذلك؛ بل الشهر مقام الحيض في التي لم تحض حتى يُتقدر به الاستبراء، ويفصل به بين طلاقي السنة.

---

(١) انظر: الحاوي للماوردي (١٠/ ١٢٨)، والتنبيه للشيرازي (ص: ١٧٤).
(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) انظر: حلية العلماء لأبي بكر الشاشي (٧/ ١٩).
(٥) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٣/ ٤٧٥)، البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٢٨٨).
(٦) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٢٨٨).

فِي حَقِّهَا بِالشَّهرِ وَهُوَ بِالحَيضِ لَا بِالطُّهرِ، ثُمَّ إن كَانَ الطَّلَاقُ فِي أَوَّلِ الشَّهرِ تُعتَبَرُ الشُّهُورُ بِالأَهِلَّةِ، وَإِن كَانَ فِي وَسَطِهِ فَبِالأَيَّامِ فِي حَقِّ التَّفرِيقِ، وَفِي حَقِّ العِدَّةِ كَذَلِكَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِندَهُمَا: يُكمِلُ الأَوَّلَ بِالأَخِيرِ وَالمُتَوَسِّطَانِ بِالأَهِلَّةِ(*) وَهِيَ مَسأَلَةُ

وهذا؛ لأن المعتبر في حق ذوات الأقراء[١] الحيض، ولكن لا يتصور تجدد الحيض إلا بتخلل الطُّهر، وفي الشهور ينعدم هذا المعنى؛ فكان الشهر قائمًا مقام ما هو المعتبر. كذا في المبسوط[٢].

وثمرة اختلاف أصحابنا تظهر في حق التزام الحجة على البعض؛ لإجماعهم أن الاستبراء يكتفي بالحيض على أن الشهر مقام الحيض، وذا التبع خلف الأصل بحاله لا بذاته.

فإن قيل: لما كان الشهر مكان الحيض؛ ينبغي أن يكون الطلاق الثاني في الشهر الثاني في حالة الحيض.

قلنا: قد ذكر أن الخلف تبع الأصل بحاله لا بذاته، وذات الشهر طاهر، والشهر أقيم مقام الحيض في حكم خاص وهو انقضاء العدة، لا في حق جميع الأحكام؛ ألا ترى أن الطلاق بعد الجماع في ذوات الأقراء حرام وفي الآيسة والصغيرة لا يحرم، فكذا في الطلاق الثاني في الشهر الثاني. إليه أشير في مبسوط شيخ الإسلام[٣].

(في حق التفريق)؛ أي: تفريق الطلاق على الأشهر بالإجماع؛ فتحتسب كل شهر ثلاثون يومًا في إيقاع الطلاق، وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة؛ أي: يعتبر ثلاثون يومًا، وهي: مسألة الإجارات؛ فإن الإجارة إن كانت في رأس الشهر يُعتبَر بالأهِلة بلا خلاف كما في الطلاق، ناقصة كانت أو كاملة.

وإن كانت فيما بين ذلك تعتبر بالأيام عند أبي حنيفة، وعندَهُما بعض الشهر الأول يكمل بالشهر الآخر بالأيام، وفيما بين ذلك بالأهلّة[٤].

(*) الراجح: قول الصاحبين. (١) في الأصل: (في حق ذات الأم) وما أثبتناه من النسخة الثانية.

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١١).

(٣) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٣/ ٤٧٥)، البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٢٨٩).

(٤) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٣/ ٤٧٦)، البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٢٨٩).

الإِجَارَاتِ. قَالَ: (وَيَجُوزُ أَن يُطَلِّقَهَا وَلَا يَفصِلُ بَينَ وَطئِهَا وَطَلَاقِهَا بِزَمَان) وَقَالَ زُفَرُ: يَفصِلُ بَينَهُمَا بِشَهر لِقِيَامِهِ مَقَامَ الحَيضِ؛ وَلِأَنَّ بِالجِمَاعِ تَفتُرُ الرَّغبَةُ، وَإِنَّمَا

وقيل: الفتوى على قولهما؛ لأنه أسهل(١).

وفي الفتاوى الصغرى: تعتبر الشهور بالأهلة في باب العدة بالإجماع(٢).

وفي المبسوط: وجه قولهما أنَّ الأهلة هي الأصل قال تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ﴾ [البقرة ١٨٩] والأيام بدل عنه، ففي الشهر الواحد تعذر اعتبار ما هو الأصل فاعتبر البدل، وفي الشهرين لم يتعذر اعتبار ما هو الأصل فيعتبر.

وأبو حنيفة يقول: ما لم يتم الشهر الأول لا يدخل الشهر الثاني، فدخول الشهر الثاني في وسط الشهر أيضًا، وكذا في الشهر الثالث؛ فيتعذر اعتبار الكل بالأهلّة فوجبَ اعتبارها بالأيام، ولا نحكم بانقضاء عدتها إلا بتمام تسعين يومًا(٣).

قوله: (ولا يفصل بين وطئها وطلاقها)؛ أي: طلاق الآيسة أو الصغيرة بزمان، وبه قال: الشافعي(٤)، ومالك(٥)، وأحمد(٦)، وأبو ثور.

قال الإمام الحلواني: هذا في صغيرة لا يُرجَى منها الحَبَل أو الحيض، أما لو كانت يرجى منها الحيض والحَبَل؛ فالأفضل أن يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر كما قال زفر. كذا في المحيط(٧).

(وقال زفر: يفصل بينهما)؛ أي: بين طلاق الآيسة والصغيرة وبين وطئهما.

(لقيامه) أي: بقيام الشهر في حق الآيسة والصغيرة مقام الحيض فيمن يختص، وفيها يفصل بين طلاقها وبين وطئها بحيضة فكذا هاهنا بشهر.

---

(١) انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٣/ ٢٥٩).
(٢) انظر: تبيين الحقائق لفخر الدين الزيلعي (٢/ ١٩٢)، البحر الرائق لابن نجيم (٤/ ١٤٢).
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٢).
(٤) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ١٢٦)، أسنى المطالب للشيخ زكريا الأنصاري (٣/ ٢٦٦).
(٥) انظر: الفواكه الدواني لشهاب الدين النفراوي (٢/ ٣٢)، الثمر الداني للآبي الأزهري (ص: ٤٦٥).
(٦) انظر: الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة (٨/ ٢٦١)، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٣/ ٨٠).
(٧) المحيط البرهاني لبرهان الدين ابن مَازَةَ (٣/ ٢٠٠).

تَتَجَدَّدُ بِزَمَان وَهُوَ الشَّهرُ: وَلَنَا: أَنَّهُ لَا يُتَوَهَّمُ الحَبَلُ فِيهَا، وَالكَرَاهِيَةُ فِي ذَوَاتِ الحَيضِ بِاعتِبَارِهِ؛ لِأَنَّ عِندَ ذَلِكَ يُشتَبَهُ وَجهُ العِدَّةِ، وَالرَّغبَةُ وَإِن كَانَت تَفتُرُ مِن الوَجهِ الَّذِي ذُكِرَ، لَكِن تَكثُرُ مِن وَجه آخَرَ؛ لِأَنَّهُ يَرغَبُ فِي وَطءٍ غَيرِ مُعَلَّق، فِرَارًا عَن مُؤَنِ الوَلَدِ فَكَانَ الزَّمَانُ زَمَانَ رَغبَة، وَصَارَ كَزَمَانِ الحَبَلِ.

(وَطَلَاقُ الحَامِلِ يَجُوزُ عَقِيبَ الجِمَاعِ)؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤَدِّي إِلَى اشتِبَاهِ وَجهِ العِدَّةِ، وَزَمَانُ الحَبَلِ زَمَانُ الرَّغبَةِ فِي الوَطءِ لِكَونِهِ غَيرَ مُعَلَّق، أَو يَرغَبُ فِيهَا لِمَكَانِ وَلَدِهِ مِنهَا،

قوله: (والكراهية)؛ أي: كراهية الطلاق في الطُّهر الذي وُجِد فيه الجماع في ذوات الأقراء؛ لتوهم الحبل، فيجوز أن تحبل بالجماع فينعدم، وهذا المعنى لا يوجد في الآيسة والصغيرة؛ فكان الإيقاع بعد الجماع مباحًا.

ولأن الإياس والصغر في الدلالة على براءة الرحم فوق الحيض في ذوات الأقراء؛ فلما جاز الإيقاع ثمة عقيب الحيض فلأن يجوز هاهنا عقيب الجماع أولى باعتباره؛ -أي: باعتبار توهم الحبل-؛ لأن عد ذلك؛ -أي: عند [توهم][1] الحبل- يشتبه في أيهما وضع الحمل أو انقضاء المدة؟

قوله: (والرغبة) جوابٌ عن قول زفر: وإنما تجدد الرغبة بزمان؛ **فقال: (والرغبة وإن كانت تفتر من الوجه، لكن تكثر من وجه)** كما ذكر في المتن.

فإن قيل: لما تعارضت جهة الرغبة مع جهة الفتور تساقطتا [٤١٧/أ] فبقي الأصل في الطلاق الحظر؛ فيحرم عند عدم الفصل.

قلنا: ترَّجحت جهة الرغبة بكون الوطء غير معلق، أو تعارض الفتور بالجماع مع الرغبة المعينة، وهي: الرغبة في وطء غير معلق، فتبقى نفسُ الرغبة في وطءٍ غير معلق؛ فتبقى نفس الرغبة باعتبار الزمان: زمان الطُّهر. كذا قيل[2].

قوله: (لمكان ولده منها)؛ أي: وجود الولد داعٍ إلى الوطء باعتبار أنه جزؤه فيها، وبوطئه يتقوى الولد كما عرف، أو فيها عطف على الوطء والضمير للمرأة.

والتقدير: زمان الرغبة في الوطء أو في المرأة.

---

(١) ما أثبتناه من النسخة الثانية.

(٢) العناية شرح الهداية للبابرتي (٣/ ٤٧٨)، البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٢٩٠).

فَلَا تَقِلُّ الرَّغبَةُ بِالجِمَاعِ (وَيُطَلِّقُهَا لِلسُّنَّةِ ثَلَاثًا، يَفصِلُ بَينَ كُلِّ تَطلِيقَتَينِ بِشَهرٍ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزُفَرُ: لَا يُطَلِّقُهَا لِلسُّنَّةِ إِلَّا وَاحِدَة)(*) لِأَنَّ الأَصلَ فِي الطَّلَاقِ الحَظرُ، وَقَد وَرَدَ الشَّرعُ بِالتَّفرِيقِ عَلَى فُصُولِ العِدَّةِ، وَالشَّهرُ فِي حَقِّ الحَامِلِ لَيسَ مِن فُصُولِهَا فَصَارَ كَالمُمتَدِّ طُهرُهَا. وَلَهُمَا: أَنَّ الإِبَاحَةَ بِعِلَّةِ الحَاجَةِ، وَالشَّهرُ دَلِيلُهَا

وفي بعض النسخ: أو يَرغبُ وهو ظاهرٌ، والأول أصح، يُعرف بالتأمل؛ لأن الأصل في الطلاق الحظر لما مرَّ، وإنما ورد الشرع بإباحته مفرّقًا على فصُول العدة؛ لقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق ١].

قال ابن عباس: أي الأطهار عدتهن؛ ففي ذوات الأقراء فرق على الأقراء، وفي حق الآيسة والصغيرة على الأشهر؛ لما بينا أن كل شهر فصل من فصول العدة في حقهن؛ كالقُرء في ذوات الأقراء.

(والشهر في حق الحامل ليس من فصولها) لأن مدة الحمل وإن طالت فهي طهر وحيض واحد حقيقةً وحكمًا؛ ألا ترى أن انقضاء العدة لا يتعلق به؛ فصار كالممتد طهرُهَا فلا يكون محلًّا لتفريق الثلاث.

وقد بلغنا عن ابن مسعود وجابر والحسن البصري أن الحامل لا تطلق أكثر من واحدة لِلسُّنَّةِ، وقول الصحابي إذا كان فقيهًا مقدمًا على القياس. كذا في المبسوط(١).

وبقول محمد قال الشافعي(٢)، ومالك(٣)، وأحمد(٤).

(ولهما: أنَّ الإباحة)؛ أي إباحة الطلاق.

(بعلة الحاجة)؛ أي: باعتبار الحاجة.

(والشهر دليلها)؛ أي: دليل الحاجة في حق الحامل.

(*) الراجح: قول الشيخين.

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٠).

(٢) انظر: المدونة (٢/ ٤)، الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبدالبر (٢/ ٥٧٢).

(٣) انظر: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي(٨/ ٨٤)، مغني المحتاج للخطيب الشربيني (٤/ ٥٠٢).

(٤) انظر: الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة (٨/ ٢٥٩).

كَمَا فِي حَقِّ الآيِسَةِ وَالصَّغِيرَةِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ زَمَانُ تَجَدُّدِ الرَّغبَةِ عَلَى مَا عَلَيهِ الجِبِلَّةُ السَّلِيمَةُ فَصَلَحَ عِلمًا وَدَلِيلًا، بِخِلَافِ المُمتَدِّ طُهرُهَا؛ لِأَنَّ العِلمَ فِي حَقِّهَا إِنَّمَا هُوَ الطُّهرُ، وَهُوَ مَرجُوٌّ فِيهَا فِي كُلِّ زَمَان وَلَا يُرجَى ....

(كما في حق الآيسة والصغيرة)؛ لأن مدة الحمل مدة كاملة؛ ولهذا يلزمها الحداد وأحكام العدة؛ فكانت كالشهور في حقها فكذا في الحامل.

(لأنه) أي: الشهر.

(زمان تجدد الرغبة) فإذا تجدد زمان الرغبة بحدوث الحاجة، ومدة الحمل زمان الرغبة كالشهر في حقهما بل أقوى؛ لأن الرغبة في الحامل أكثر لكون الحبل سبب الرغبة بخلاف الممتد طهرها وإن طال؛ لأن طهرها بعض العدة؛ ولهذا لا تنقضي به العدة، وبعض العدة ليس بمحل التفريق الثلاث.

(وهو)؛ أي: تجدد طهر يعقبُه الحيض.

(مرجو فيها)؛ لأنها ليست يائسة، ولا صغيرة ممكن حيضُها، فلم يقم الشهر في حقها مقام الحيض، ولا كذلك الحامل؛ لأنها لا تحيضُ عندنا فصارت كالآيسة.

يؤيده قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩] شرع الثلاث متفرقًا من غير فصل بين الحائل والحامل، سواء كانت الطلقة الثالثة بقوله: ﴿أَوۡ تَسۡرِيحُۢ﴾، أو بقوله: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا﴾.

ولا معنى لما قال: إن مدة الحبل كحيض وطهر؛ بل هي بمنزلة ثلاث حيض حتى تنقضي بها العدة؛ ولكن الاستبراء إنما لا يتقدر ببعض مدة الحمل؛ لأن المقصود منه تبين فراغ الرحم، وذا لا يحصل قبل الوضع. إليه أشير في المبسوط[١].

ولا حجة لمحمد فيما ذكر في الأصل؛ لأن لفظ الحديث: «**أفضلُ الطلاقِ أن يُطلِّقَها واحدةً ثم يدَعَها حتى تضعَ حملَها**» وبه نقول، وإن ذلك أفضل ولا كلام فيه.

(ولا يرجى)؛ أي: تجدد الطهر.

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ١٢).

مَعَ الحَبَلِ.

(وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امرَأَتَهُ فِي حَالَةِ الحَيضِ وَقَعَ الطَّلَاقُ)؛ لِأَنَّ النَّهيَ عَنهُ لِمَعنى فِي غَيرِهِ وَهُوَ مَا ذَكَرنَاهُ فَلَا تَنعَدِمُ مَشرُوعِيَّتُهُ (وَيُستَحَبُّ لَهُ أَن يُرَاجِعَهَا) لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِعُمَرَ: «مُر ابنَك فَليُرَاجِعها» وَقَد طَلَّقَهَا فِي حَالَةِ الحَيضِ .

وَهَذَا يُفِيدُ الوُقُوعَ وَالحَثَّ عَلَى الرَّجعَةِ، ثُمَّ الِاستِحبَابُ ....

(مع الحبل) لأن الحيض غير ممكن من الحامل؛ فلا يمكن الطهر، أما في الممتدة طهرها يمكن كما ذكرنا.

قوله: (وقع الطلاق) ويأثم بإجماع الفقهاء.

وعند الشيعة، وابن عَلَيَّة، وهشام ابن الحكم: لا يقع.

وقد مرَّ بيان الاختلاف في هذه المسألة، والوجه من الطرفين في مسألة إيقاع الثلاث بكلمة واحدة.

أما الخلعُ في الحيض لا يكره بإجماع الفقهاء، ولإطلاق قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة ٢٢٩].

وكذلك الطلاق على مالٍ، والاختبار والتخيير في الحيض لا يُكره.

(وهو)؛ أي: المعنى الذي في غير المنهي عنه.

(ما ذكرناه) وهو: تطويل العدة، أو اشتباه أمر العدة، أو سد باب التدارك، والدليل عليه: الأمر بالمراجعة لابن عمر كما يجيء؛ ولأن ابنه ذكر عند عمر رضي الله عنه في الشورى فقال: "سبحان الله أقلّدُ أمر المسلمين من لم يحسن طلاق امرأته وطلقها حالة الحيض"، وهذا إشارة منه إلى الوقوع.

(وهذا) أي قوله عليه السلام: «**مر ابنك**» الحديث.

(يفيد الوقوع)؛ إذْ لا يتصور الرجعة بدون الرجوع.

(والحث على الرجعة)؛ أي: استحباب الرجعة؛ لأن أدنى درجات الأمر الندب.

ولأن الرجعة شرعت له فلا تجبُ عليه؛ لئلا يعود على موضوعه بالنقض.

ولأن المعصية في الإيقاع، وذلك مما لا يمكن تداركه بالرجعة؛ فلا تجب.

(ثم الاستحباب)؛ أي: استحباب الرجعة.

قَوْلُ بَعضِ المَشَايِخِ، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ وَاجِبٌ عَمَلًا بِحَقِيقَةِ الأَمرِ وَرَفعًا لِلمَعصِيَةِ بِالقَدرِ المُمكِنِ بِرَفعِ أَثَرِهِ وَهُوَ العِدَّةُ وَدَفعًا لِضَرَرِ تَطوِيلِ العِدَّةِ. قَالَ: (فَإِذَا طَهُرَت وَحَاضَت ثُمَّ طَهُرَت، فَإِن شَاءَ طَلَّقَهَا وَإِن شَاءَ أَمسَكَهَا). قَالَ: (هَكَذَا ذَكَرَ فِي الأَصلِ، وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ: أَنَّهُ يُطلقُهَا فِي الطُّهرِ الَّذِي يَلِي الحَيضَةَ الأُولَى). قَالَ أَبُو الحَسَنِ الكَرخِيُّ: مَا ذَكَرَهُ الطحاويُّ قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَمَا ذَكَرَ فِي الأَصلِ قَولُهُمَا، ....

[(**قول بعض المشايخ**) وبه قال الشافعي وأحمد (**والأصح أنه واجب**) أي: الرجوع إليها][1] واجب. وفي بعض النسخ: أنها؛ أي: الرجعة واجبة، وهو الأظهر[2]، وبه قال مالك[3]؛ لأن مطلق الأمر [٤١٧/ب] للإيجاب حقيقة.

ولأن إيقاع الطلاق في الحيض معصية، والسبيل في المعاصي رفعها ما أمكن؛ كالبيع الفاسد أو النكاح الفاسد، ورفع إيقاع الطلاق في الحيض وإن كان لا يمكن؛ لكن بقي أثره وهو العدة. وفي الرجعة إبطال أثره؛ لئلا يبين بطلاق محظور عند انقضاء العدة. والرجعة شرعت لدفع ضرر تطويل العدة عنها فتكون واجبة، وهذا معنى **قوله**: (**برفع أثره**) إلى آخره؛ أي أثر طلاق هو معصيته؛ لأن في إبقاء أثره [إبقاء الملك][4] لتلك المعصية من وَجْه، وهذا كمن أثبت نكاح امرأة بشهادة الزور يستحب إزالتها عن ملكه؛ لاشتماله على أثر المعصية.

قوله: (**يلي الحيضة**)؛ أي: الحيضة التي طلقها فيها. (**وما ذكر في الأصل**)؛ أي المبسوط، قول: أبي يوسف ومحمد. وفي الكافي[5]: هو ظاهر رواية أبي حنيفة، وبه قال الشافعي في المشهور عنه[6]، ومالك[7]، وأحمد[8].

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٢٩٣)، فتح القدير للكمال ابن الهمام (٣/ ٤٨١).
(٣) انظر: المدونة (٢/ ٦)، الثمر الداني للآبي الأزهري (ص: ٤٦٧).
(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٥) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٢٩٤)، وفتح القدير للكمال ابن الهمام (٣/ ٤٨٢).
(٦) انظر: نهاية المطلب للجويني (١٤/ ١٦).
(٧) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي (٤/ ٢٨)، والشرح الكبير للشيخ الدردير (٢/ ٣٦٢).
(٨) انظر: الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة (٩/ ١٠٠).

وَوَجهُ المَذكُورِ فِي الأَصلِ: أَنَّ السُّنَّةَ أَن يَفصِلَ بَينَ كُلِّ طَلَاقَينِ بِحَيضَة، وَالفَاصِلُ هَاهُنَا بَعضُ الحَيضَةِ فَتَكمُلُ بِالثَّانِيَةِ وَلَا تَتَجَزَّأُ فَتَتَكَامَلُ. وإذَا تكاملتُ الحيضةُ الثانيةُ فالطهرُ الذي يليه زمانُ السُّنة، فأمكنَ تطليقُها على وجهِ السنة ....

وما ذكره الطحاوي رواية عن أبي حنيفة، وبه قال الشافعي في وجه[١]: أن السنة، وهي: ما روي أنه عليه السلام قال لعمر حين طلّق ابنه امرأته في حالة الحيض: «**مُرْ ابنك فَلْيراجِعْها ثمّ لِيَدَعْها تحيضُ فتطهرُ ثم تحيضُ فتطهرُ ثم لِيُطَلِّقْها إن شاء طاهرًا من غيرِ جماعٍ**»[٢] أمره بترك الطلاق إلى غاية الطُّهر الثاني؛ فدلَّ أن وقت طلاق السنة لها هو الطهر الثاني دون الأول.

ولأنَّ الحيضة التي طلقها غير محسوبة من العدة وكان إيقاع الطلاق فيها كإيقاعه في الطُّهر الذي [بعده][٣].

ولو طلقها في الطهر لم يكن له أن يطلقها فيه أخرى فكذا هذا.

فإن قيل: قد رُوي حديث ابن عمر بروايتين أحدهما ما ذكر.

والثانية ما روي أنه عليه السلام قال: «**مُر ابنكَ فليراجِعها فإذا حاضت وطَهُرَت فليطلّقها إن شاءَ**»[٤].

وهذا يحتمل بقية الحيضة، والدليل عليه قوله عليه السلام: «**إنَّ من السُّنةِ أن يستقبلَ الطهرَ استقبالًا**»[٥] غير متعرض لطهر طلقها في الحيض الذي قبله أو لا.

قلنا: الطهر مع الحيض المتصل به فصل واحد من فصول العدة، فكان الطلاق في الحيض كالطلاق في الطهر المتصل به.

ولو طلَّقها في الطهر ثانيًا لم يكن على وجه السنة، وما روي برواية أخرى

---

(١) انظر: مغني المحتاج للخطيب الشربيني (٥/ ٨٠).
(٢) أخرجه البخاري (٦/ ١٥٥، برقم ٤٩٠٨)، ومسلم (٢/ ١٠٩٦، برقم ١٤٧١) بنحوه.
(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثالثة.
(٤) أخرجه الدارقطني (٥/ ١٥)، و ابن حبان (١٠/ ٧٧)، بنحوه عندهما.
(٥) سنن الدارقطني (٥/ ٥٧)، قال الذهبي: وهذا إسناد قوي. تنقيح التحقيق (٢/ ٢٠٥).

وَجهُ القَولِ الآخَرِ: أَنَّ أَثَرَ الطَّلَاقِ قَد انعَدَمَ بِالمُرَاجَعَةِ فَصارَ كَأَنَّهُ لَم يُطَلِّقهَا فِي الحَيضِ فَيُسَنُّ تَطلِيقُهَا فِي الطُّهرِ الَّذِي يَلِيهِ.

(وَمَن قَالَ لِامرَأَتِهِ وَهِيَ مِن ذَوَاتِ الحَيضِ ....

محتمل، وما روي برواية شعبة كما ذكرنا محكم؛ فيحمل المحتمل على المحكم.

(وجه القول الآخر) وهو ما ذكره الطحاوي.

(أن أثر الطلاق قد انعدم)؛ فلما انعدم الطلاق صار هذا طهر لا جماع فيه؛ فله أن يطلقها فيه للسنة.

يؤيده قوله عليه السلام: «**إنَّ من السُّنةِ أن يستقبلَ الطُّهر استقبالًا فيطلِّقها لكلِّ طُهرٍ تطليقة**» فقد جعل في كل طهر طلاقًا، والطُهر الذي يلي الحيضة طهر؛ فكان محلًّا لطلاق السنة، ويجمع بين الروايتين فتحمل تلك الرواية على الأحسن عملًا بهما بقدر الإمكان.

وقلنا: إنما شرطنا خلو الطُّهر؛ ليتجدد زمان الرغبة فيكون دليل الحاجة، والجماع في الحيض سبب فتور الرغبة في طُهر بعده، وتجدد الحاجة بزمان كثير متخلل بين الطلاقين وليس بين الجزئين الحيض، والجزء الأول من الحيض زمان كثير تتجدد فيه الحاجة؛ فعلى هذا يكون الطلاق في ذلك الطهر بلا حاجة فلا يكون حسنًا.

ألا ترى أنه يجعل هذا الطلاق بائنًا فيكون جمعًا بين الطلاق في فصل واحد من فصول العدة، وهو مكروه فلا يمكن العملُ بهما بقدر الإمكان فتعيَّن الحمل.

وعلى هذا لو وطئها في طهر ثم راجعها ثم طلقها ثانيًا لا يكره.

وفي رواية عن أبي حنيفة على ما ذكره الطحاوي، وفي ظاهر الرواية، وهو قولهما: يكره؛ لوجود الجمع بين الطلاقين في طهرٍ واحد، وكذا لو فعل ذلك في شهر واحد في الآيسة والصغيرة على هذا الخلاف.

وعلى هذا لو أخذ بيدها بشهوة ثم قال لها: أنت طالق ثلاثًا للسنة وقع الثلاث في الحال على رواية الطحاوي، وفي ظاهر الرواية تقع واحدة في الحال

وَقَد دَخَلَ بِهَا: «أَنتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا لِلسُّنَّةِ» وَلَا نِيَّةَ لَهُ، فَهِيَ طَالِقٌ عِندَ كُلِّ طُهرِ تَطلِيقَة)؛ لِأَنَّ «اللَّامَ» فِيهِ لِلوَقتِ وَوَقتُ السُّنَّةِ ....

والثاني في طهر آخر والثالث في طهر آخر. وما ذكر في المنظومة رواية الطحاوي[١].

قوله: (فَهِيَ طَالِقٌ عِنْدَ كُلِّ طُهْرٍ) وتقع واحدة في الحال إذا لم يجامعها فيه وهو ظاهر الرواية[٢].

ولو جامعها فيه؛ لا يقع حتى تحيض وتطهر إذا لم ينو شيئًا، أو نوى عند كل طهر تطليقة.

وعند الشافعي[٣]، ورواية عن أحمد[٤]: تقع الثلاث في الحال إذا لم يجامعها وهو ظاهرٌ، ولو جامعها في ذلك الطهر لا تطلق الثلاث حتى تحيض وتطهر؛ لما ذكرنا أن عنده لا سنة ولا بدعة في العدد حتى لو نوى تفريق الثلاث على الأطهار لا يقبل قوله في المشهور عنه، وعن بعض أصحابه[٥] يقبل.

وقال مالك: لا أعرفُ المباح من الطلاق إلا واحدة؛ فيكون الثلاث بدعيًا عنده[٦].

قيد **بقوله: (وقد دخل بها)**؛ لأن غير المدخول [٤١٨/أ] تطلق ثلاثًا في الحال بالإجماع.

فإن قيل: لما كان اللام هاهنا للوقت؛ كان تقدير كلامه أنت طالق ثلاثا، أوقات السُّنَّة، ولو قال هكذا ونوى الثلاث الساعة؛ لم يصح فيجب أن يكون

---

(١) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٣/ ٤٨٢)، والبحر الرائق لابن نجيم (٣/ ٢٥٨).
(٢) انظر: الجامع الصغير للشيباني (ص: ١٩١).
(٣) انظر: الأم للشافعي (٥/ ١٩٤)، والحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ١٨٩).
(٤) انظر: المبدع لابن مفلح (٦/ ٣٠٦)، والإنصاف للمرداوي (٨/ ٤٥٨).
(٥) في الأصل: (أصحابنا) وما أثبتناه من النسخة الثانية؛ حيث أن الضمير عائد على أصحاب أحمد، غير أنه قال فيها: الصحابة رضي الله عنهم.
(٦) انظر: المدونة (٢/ ٦)، وجامع الأمهات (ص: ٢٩٢).
قال ابن القاسم: قول مالك: إنهن يقعن مكانه عليها حين تكلم بذلك كلهن؛ فإن كانت طاهرا أو حائضا فلا سبيل له إليها حتى تنكح زوجا غيره.

طُهرٌ لَا جِمَاعَ فِيهِ (وَإِن نَوَى أَن تَقَعَ الثَّلَاثُ السَّاعَةَ، أَو عِندَ رَأسِ كُلِّ شَهرٍ وَاحِدَةٌ، فَهُوَ عَلَى مَا نَوَى) سَوَاءٌ كَانَت فِي حَالَةِ الحَيضِ أَو فِي حَالَةِ الطُّهرِ، وَقَالَ زُفَرُ: لَا تَصِحُّ نِيَّةُ الجَمعِ لِأَنَّهُ بِدعَةٌ وَهِيَ ضِدُّ السُّنَّةِ. ....

هاهنا كذلك. كما قال زفر(١).

قلنا: كلامه هاهنا ذو وجهين؛ لما أن اللام ليس بصريح في الوقت؛ فيرجح جانب الوقت لذكر السنة، ومطلق السنة ينصرف إلى الكامل وهو السنة وقوعًا وإيقاعًا؛ فلذا صرف عند فقد النية.

أمَّا احتمال أن لا يكون اللام للوقت باق؛ فيرجح جانب عدم الوقت عند إيقاع الثلاث جملة.

وكان ذكر السنة منصرفًا إلى السنة من وجه وهي السنة وقوعًا، فأما عند التصريح بالوقت لم يحتمل غيره، فانصرف إلى السنة الكاملة وهو أن يكون إيقاعًا ووقوعًا. كذا في الفوائد الظهيرية(٢).

(سواء كانت)؛ أي: المرأة عند رأس الشهر.

(في حالة الحيض أو في حالة الطهر)؛ لأن رأس [الشهر](٣) إما أن يكون زمان حيضها أو طهرها؛ فإن كان زمان حيضها فيكون سنيًّا وقوعًا، فكان قوله: **(عند رأس كل شهر)** مترددًا بين كونه سنيًّا مطلقًا وبين كونه سنيًّا من وجه، ولو نوى السنية وقوعًا كما نوى الثلاث الساعة تصح نيته؛ فهذا أولى. كذا في جامع قاضي خان(٤).

(لأنه) أي الجمع بين الثلاث **(بدعة)**.

(وهي)؛ أي: البدعة **(ضد السنة)** والشيء لا يحتمل ضده؛ فقد نوى ما لا يحتمله لفظه فيلغو.

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٣/ ٤٨٣)، والبناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٢٩٥).
(٢) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٣/ ٤٨٤).
(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة.
(٤) انظر: تبيين الحقائق لفخر الدين الزيلعي (٢/ ١٩٤).

وَلَنَا: أَنَّهُ مُحتَمِلٌ لَفظَهُ؛ لِأَنَّهُ سُنِّيٌّ وُقُوعًا مِن حَيثُ إِنَّ وُقُوعَهُ بِالسُّنَّةِ لَا إِيقَاعًا فَلَم يَتَنَاوَلهُ مُطلَقُ كَلَامِهِ وَيَنتَظِمُهُ عِندَ نِيَّتِهِ ....

(**ولنا: أنه**)؛ أي: الجمع.

(**محتمل لفظه؛ لأنه**) أي الجمع.

(**سني وقوعًا؛ من حيث إن وقوعه بالسنة**) يعني عُرف وقوع الثلاث جملة بالسنة؛ لما روي أنه عليه السلام قال: «من طلق امرأته ألفًا بانت بثلاث»[(١)].

والباقي رد عليه، وقد ذكرنا الأحاديث في هذا الباب.

ووقوع الثلاث مذهب أهل السنة خلافًا للروافض؛ ولهذا وقوع الطلاق المجتمع سُنَّة عند بعض الفقهاء؛ فيحمل على ذلك عند النية.

ولأن الاقتصار على الثلاث سنة؛ لما في الجاهلية غير مقتصر، لا إيقاعها؛ لما ذكرنا أن إيقاع الثلاث جُملة مكروه، فلم يتناوله مطلق كلامه؛ لأن المطلق ينصرف إلى الكامل، وذا في السني وقوعًا وإيقاعًا.

فإن قيل: الوقوع بدون الإيقاع محال، فلما كان الوقوع سنيًّا يكون الإيقاع سنيًّا ولازمه بدعيًّا.

قلنا: الوقوع لا يوصف بالحُرمة؛ لأنه حكم شرعي لا اختيارَ للعبدِ فيه، وحكم الشرع لا يُوصف بالبدعة، والإيقاع فعل العبد فيوصف بالحرمة والبدعة؛ فكان الوقوع أشبه بالسنة الْمَرْضِيَّةِ. كذا في الفوائد الظهيرية[(٢)].

(**وينتظمه**)؛ أي: الجمع؛ لأنه سني من وجهٍ؛ فكان من محتمل لفظ السنة، وفيه تشديد على نفسه على ذلك فتصح نيته؛ كما لو قال: كل مملوك لي حر لا يتناول المكاتب لقصورٍ في الملك؛ إذْ هو غير مملوك يدًا، ولو نواه يصح ويعتق.

وكذا لو حلف لا يأكل لحمًا، لا يتناول لحم السمك؛ لقصوره في اللحمية

---

(١) القصة أخرجها الدارقطني في السنن (٥/ ٣٧) وقال: رواته مجهولون وضعفاء إلا شيخنا وابن عبد الباقي.

(٢) انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٣/ ٢٦١).

(وَإِن كَانَت آيِسَةً أَو مِن ذَوَاتِ الأَشهُرِ، وَقَعَت السَّاعَةَ وَاحِدَةٌ، وَبَعدَ شَهرٍ أُخرَى وَبَعدَ شَهرٍ أُخرَى)؛ لِأَنَّ الشَّهرَ فِي حَقِّهَا دَلِيلُ الحَاجَةِ كَالطُّهرِ فِي حَقِّ ذَوَاتِ الأَقرَاءِ عَلَى مَا بَيَّنَّا (وَإِن نَوَى أَن يَقَعَ الثَّلَاثُ السَّاعَةَ وَقَعنَ عِندَنَا، خِلَافًا لِزُفَرَ) لَمَا قُلنَا بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: «أَنتِ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ» وَلَم يَنُصَّ عَلَى الثَّلَاثِ حَيثُ لَا تَصِحُّ نِيَّةُ الجَمعِ فِيهِ؛ لِأَنَّ نِيَّةَ الثَّلَاثِ إِنَّمَا صَحَّت فِيهِ مِن حَيثُ إِنَّ اللَّامَ فِيهِ لِلوَقتِ، ....

على ما عرف في الأصول، ولو نواه صح ويحنث بأكله.

(وإن كانت آيسة) أو مدخولًا بها.

[**(أو من ذوات الأشهر)**؛ يعني صغيرة مدخولًا بها][(١)]؛ فقال لها: أنت طالق ثلاثا للسنة؛ وقعت الساعة واحدة عند الشافعي[(٢)]، وأحمد[(٣)] ثلاثا الساعة كما في الحائض؛ لما ذكرنا أنه لا بدعة في العدد عنده وهو أنه محتمل كلامه؛ فيصح **(خلافًا لزفر)**.

(بخلاف ما إذا قال: أنت طالق للسنة)؛ أي: بدون لفظ الثلاث؛ طلقت في الحال إن كانت طاهرة، وبه قال الشافعي[(٤)].

وإن كانت حائضًا؛ أي: في طهرٍ جامعها فيه؛ لم يقع الساعة، فإذا حاضت وطهرت وقعت تطليقة، وبه قال الشافعي[(٥)]؛ لأن قوله: أنت طالق للسنة إيقاع تطليقة مختصة بالسنة المعرفة باللام؛ لأن اللام للاختصاص.

ولو نوى ثلاثا جملة أو متفرقة على الأطهار؛ لم يصح. وهكذا ذكر فخر الإسلام، والصدر الشهيد، وصاحب المختلفات، وعلاء الأئمة السمرقندي[(٦)].

لأنه إنما تصح نية الثلاث فيه جملة من حيث [أن][(٧)] اللام فيه للوقت؛

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ١٢٥)، وتكملة المجموع للمطيعي (١٧/ ١٥٦).
(٣) انظر: الهداية لأبي الخطاب الكلوذاني (ص: ٤٣٠)، ومطالب أولي النهى لمصطفى السيوطي(٥/ ٣٣٤).
(٤) انظر: روضة الطالبين للنووي (٨/ ١٤)، وأسنى المطالب للشيخ زكريا الأنصاري (٣/ ٢٦٦).
(٥) انظر: الأم للشافعي (٥/ ١٩٤)، ومغني المحتاج للخطيب الشربيني (٤/ ٤٩٩).
(٦) انظر: تبيين الحقائق لفخر الدين الزيلعي (٢/ ١٩٤)، والبناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٣٥٣).
(٧) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

فَيُفِيدُ تَعمِيمَ الوَقتِ، وَمِن ضَرُورَتِهِ تَعمِيمُ الوَاقِعِ فِيهِ، فَإِذَا نَوَى الجَمعَ بَطَلَ تَعمِيمُ الوَقتِ فَلَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلَاثِ.

فيفيد تعميم الوقت، ومن ضرورة تعميم الوقت الذي هو ظرف الوقوع تعميم الواقع فيه؛ فكان ناويًا محتمل لفظه فيصح.

أما لو نوى وقوع الثلاث جملة فقد ألغى قضية اللام؛ أعني: العموم المستفاد منه؛ فكان هذا إيقاعًا في الحال بقوله: أنت طالق، وأنه لا يصح؛ لأنه لا يحتمل العدد، بخلاف ما إذا قال ثلاثا للسنة؛ لأن العدد يثبت بلفظه لا بقضية اللام.

أما هاهنا يثبت بقضية حرف اللام، وأنه يبطل نية وقوع الثلاث جملة.

وذكر صاحبُ الأسرار وشمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام خواهر زاده: تصح نية الثلاث جملة كما في الصورة الأولى[١]، وبه قال الشافعي[٢]؛ لأن التطليقة المختصة بالسنة المعرَّفة باللام [٤١٨/ب] نوعان حسن وأحسن؛ فالأحسن: أن يطلقها في طهرٍ لا جماع فيه، والحسن: أن يطلق الثلاث في ثلاثة أطهار.

فإذا نوى الثلاث؛ فقد نوى أحد نوعي التطليقة المختصة بالسُنَّة؛ لأن السنة صفة لتطليق محذوف؛ إذِ الفعل هو الذي يوصف بالسنية، وذكر الصفة ذكر الموصوف لغة.

وفي شرح مختصر الكرخي: تقع الثلاث عند أبي يوسف ومحمد إذا نوى؛ لأن اللام كناية عن أوقات السنة؛ فكأنه قال: أنت طالق للشهور أو الحيض[٣] ونوى ثلاثًا يكون ثلاثًا؛ لأنه أضاف الطلاق إلى ما له عدد.

ولو قال للحامل: أنت طالق ثلاثًا للسنة تطلق في الحال واحدة عندنا وإن كان جامعها؛ - لما ذكرنا أن الطلاق عقيب قوله: إنما يكره لتوهم الحبل، وفي

---

(١) انظر: تبيين الحقائق لفخر الدين الزيلعي (٢/ ١٩٤)، وفتح القدير للكمال ابن الهمام (٣/ ٤٨٥).
(٢) انظر: الأم للشافعي (٥/ ١٩٤)، وحاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ٣٥٠).
(٣) نقل ابن نجيم في البحر الرائق عن مؤلف كتابنا المسألة فقال: أنت طالق للشهور أو الحيض (٣/ ٢٦١).

....

الحامل لا يحتمل ذلك(١)، وقال الشافعي(٢)، وأحمد(٣): تقع ثلاثًا في [الحال](٤)؛ لما بيّنا أنه لا بدعة في العدد عنده، - ثم بعد شهر أخرى، ثم بعد شهر أخرى.

وقال محمد وزفر: لا يُطلِّق الحامل للسنة إلا واحدة(٥). وقد مرَّت المسألة.

ولو قال: أنتِ طالق للبدعة، أو طلاق البدعة، ونوى الثلاث في الحال يقع؛ لأن إيقاع الثلاث في طهر لا جماع فيه بدعة، وفي طهر الجماع الواحدة بدعة، وفي حالة الحيض الواحدة بدعة أيضًا؛ فلو نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمل كلامه؛ فصحت نيته.

ولو لم تكن له نية: فإن كان في طهر الجماع، أو في حالة الحيض، أو النفاس؛ وقع واحدٌ من ساعته، وإن كانت في طهر لا جماع فيه، ولا في حالة الحيض؛ لا يقع للحال ما لم تحض(٦)، أو يجامعها في ذلك الطهر. وبه قال الشافعي(٧).

وفي شرح مختصر الكرخي: روى بشر عن أبي يوسف: لو قال لامرأته: أنت طالق طلاق السنة، ولا نية له، أو طلاق العِدة، أو طلاق العدل، أو طلاق الدين، أو طلاق الإسلام؛ فهذا كله للسنة.

وكذا لو قال: طلاقًا عدلًا، أو طلاق سنة، أو طلاق عدة، أو سنّة، أو عدلته؛ فهذا كله للسنة يقع إذا كانت طاهرًا من غير جماع، أو حاملا قد استبان حملها فقد [ذكر](٨) بشر عن أبي يوسف هذا على أقسام:

فالقسم الأول: وهو أن يقول للسنة، أو للعدة، أو طلاق العدل، أو طلاق

---

(١) انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٣/ ٢٦٢).

(٢) انظر: مختصر المزني (٨/ ٢٩٥)، والحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ١٢٥).

(٣) انظر: الهداية لأبي الخطاب الكلوذاني (ص: ٤٣٠)، ومطالب أولي النهى لمصطفى السيوطي (٥/ ٣٣٤).

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٥) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٣/ ٤٧٨)، و البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٢٩١).

(٦) في الأصل: (ما لم تكن تحض) وما أثبتناه من النسخة الثانية.

(٧) انظر: مغني المحتاج للخطيب الشربيني (٤/ ٥٠٠)، و السراج الوهاج للغمراوي (ص: ٤٢٠).

(٨) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

فَصْلٌ: [مَنْ يَقَعُ طَلَاقُهُ وَمَنْ لا يَقَع]

(وَيَقَعُ طَلَاقُ كُلِّ زَوج إِذَا كَانَ عَاقِلًا بَالِغًا، وَلَا يَقَعُ طَلَاقُ الصَّبِيِّ وَالمَجنُونِ

الدين، أو الإسلام، أو طلاقًا عدلًا، أو طلاق سنة، أو طلاق عدة، أو أحسن الطلاق، أو أجمل الطلاق، أو طلاق الحق، أو طلاق القرآن، أو طلاق الكتاب، أو أنتِ طالقٌ للسنّة، أو في السنّة، أو على السنّة؛ فيحمل على أوقات السنّة بلا نية؛ لأن كل ذلك لا يكون في المأمور به.

والقسم الثاني: ما لو قال: أنت طالق في كتاب الله، أو بكتاب الله، أو مع كتاب الله؛ فإن نوى به طلاق السنة وقع في أوقاتها، وإن لم ينوِ وقع في الحال؛ لأن كتاب الله يدل على وقوع الطلاق للسنة والبدعة، فيحتاج إلى النية.

والقسم الثالث: ما لو قال: أنت طالق على الكتاب، أو بالكتاب، أو على قول القضاة، أو على قول الفقهاء؛ فإن نوى السنّة يُدَيَّنُ ويقع في الحال؛ لأن قول القضاة والفقهاء يقتضي الأمرين، فإذا خصص يُدَيَّنُ، ولا يسمع في القضاء؛ لأنه غير ظاهر.

ولو قال: أنت طالق عدلية أو سنية وقع عند أبي يوسف للسنة.

ولو قال: حسنه أو جميله؛ وقع في الحال.

وقد قال محمد في الجامع الكبير: وقع في الحال في كلاهما؛ لأن هذه الصفات جاز أن توصَف بها المرأة فلا تجعل صفة الطلاق حتى يتأخر فيقع في الحال، واعتبر أبو يوسف الغالب(١).

وسيجيء باقي الكلام في فصل سنّية الطلاق إن شاء الله تعالى.

فَصْلٌ

قوله: (فلا يقع طلاق الصبي) سواء كان عاقلًا أو لا، وبه قال الشافعي(٢)، ومالك(٣)، وأحمد في رواية(٤).

---

(١) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٣/ ٤٨٦)، والبحر الرائق لابن نجيم (٣/ ٢٦٢).
(٢) انظر: الأم للشافعي (٥/ ٢٣٥)، تكملة المجموع للمطيعي (١٧/ ٦٢).
(٣) انظر: مواهب الجليل للحطاب (٣/ ٤٥٣)، شرح مختصر خليل للخرشي (٣/ ١٩٩).
(٤) انظر: الفروع لابن مفلح (٩/ ٨)، الإنصاف للمرداوي (٨/ ٤٣١).

وَالنَّائِمِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «كُلُّ طَلَاقٍ جَائِزٌ إِلَّا طَلَاقَ الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ»

وقال أحمد في رواية أخرى: يقع طلاقه إذا عقل الطلاق، كما يصح إسلامه؛ لصدور التصرف في عقل وتمييز.

ولقوله عليه السلام: «**الطَّلاقُ لِمَنْ أخذَ بالسَّاقِ**»[1].

وقلنا: هذا ينتقض بالنائم والمكرَه والمعتوه عندَه.

ولقوله عليه السلام: «**كلُّ طلاق [جائزٌ إلا طلاق]**[2]» رواه البخاري[3].

وبإطلاق قوله عليه السلام: «**إلا طلاقَ الصَّبيُ**»[4].

وقوله عليه السلام: «**رَفَعَ القلمُ عن ثلاثٍ: عن الصَّبيِّ حتى يبلغَ، وعن النَّائمِ حتَّى يستيقظَ، وعن المجنونِ حتَّى يفيقَ**»[5].

ولأن أهلية التصرف بالعقل والتمييز، وليس للصبي قصد معتبر شرعًا خصوصًا فيما يضره؛ لأن اعتبار القصد بالخطاب، ولا خطاب عليه.

ولأن الطلاق لم يشرع إلا عند خروج النكاح من المصلحة، وإنما يعرف ذلك بالتأمل، والصبي لاشتغاله باللهو واللعب لا يتأمل؛ فلا يشرع في حقه.

(«**إلا طلاق الصبي والمجنون**») فإنه غير جائز.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (١/ ٦٧٢، برقم ٢٠٨١) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
قال ابن الملقن: وعلته: ابن لهيعة. البدر المنير (٨/ ١٣٨).

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٣) أخرجه البخاري (٧/ ٤٦) معلقا من قول علي رضي الله عنه.

(٤) قال ابن حجر العسقلاني: لم أجده، وإنما روى ابن أبي شيبة عن ابن عباس موقوفا "لا يجوز طلاق الصبي". الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ٦٩).
قال الزيلعي: غريب بهذا اللفظ. نصب الراية (٤/ ١٦١).

(٥) أخرجه أبو داود (٤/ ١٤١، برقم ٤٤٠٣)، والترمذي (٣/ ٨٤، برقم ١٤٢٣)، وابن ماجه (١/ ٦٥٨، برقم ٢٠٤١) من حديث علي رضي الله عنه مرفوعا.
قال الترمذي: حديث حسن غريب من هذا الوجه، وقد روي من غير وجه عن علي، عن النبي ﷺ وذكر بعضهم: وعن الغلام حتى يحتلم، ولا نعرف للحسن سماعا من علي بن أبي طالب...، ثم قال: والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم.
قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه. المستدرك على الصحيحين (١/ ٣٨٩).

وَلِأَنَّ الأَهلِيَّةَ بِالعَقلِ المُمَيِّزِ، وَهُمَا عَدِيمَا العَقلِ، وَالنَّائِمُ عَدِيمُ الِاختِيَارِ.

(وَطَلَاقُ المُكرَهِ وَاقِعٌ) واقعًا لِلشَّافِعِيِّ، هُوَ يَقُولُ: إِنَّ الإِكرَاهَ لَا يُجَامِعُ

فإن قيل: لا يلزم من نفي الجواز نفي الوقوع؛ فإن إرسال الثلاث جملة حرام، وكذا الطلاق حالة الحيض، وما كان حرامًا لا يكون جائزًا، ومع هذا واقع.

قلنا: المراد بالجواز هنا النفاذ ونفاذه بالوقوع [٤١٩/أ] لما أن فعل الصبي والمجنون فيما يرجعُ إلى المعاملات لا يوصف بالحرمة، فيكون الجواز محمولًا على النفاذ، وبالإجماع أن المراد بالجواز النفوذ.

(وهما)؛ أي: المجنون والصبي **(عديما العقل)**، والمعتوه والمغمى عليه كالصبي؛ حتى لا يقع طلاقهما بالإجماع.

والصبي وإن كان يعقل وكذا المعتوه؛ لكن ليس لهما اعتدال العقل فلا يكون قصدهما صحيحًا لما ذكرنا.

وكذا المغمى عليه والمعتوه والمدهوش والمُبَرْسَم(١) كالمجنون والصبي؛ لعدم تمييزهم بين الصحيح والفاسد.

وفي الذخيرة: طلاق الصبي والمجنون والمعتوه غير واقع ولا موقوف، وكذا طلاق النائم حتى لو أجازه بعدما انتبه والصبي بعد البلوغ لو طلق فأجازه بعد البلوغ، أو قال: أوقعت ما تلفظت به في النوم لا يقع، ولو قال: أوقعت ذلك يقع ويلغو ذلك(٢).

وعند الشافعي: لا يصح ذلك أيضًا(٣).

قوله: **(واقعًا للشافعي)** فإنه قال: لو كان الإكراه بغير حق لا يقع طلاقه ولا

---

(١) قال عياض: هو مرض معروف، وورم في الدماغ يتغير منه عقل الإنسان ويهذي. المطلع على ألفاظ المقنع (٣٥٣).

(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٥/ ٢٩٨).

(٣) انظر: أسنى المطالب للشيخ زكريا الأنصاري (٣/ ٢٨٠).

الِاخْتِيَارَ، وَبِهِ يُعْتَبَرُ التَّصَرُّفُ الشَّرْعِيُّ، بِخِلَافِ الهَازِلِ؛ لِأَنَّهُ مُخْتَارٌ فِي التَّكَلُّمِ

يصح خلعه[١]، وبه قال: مالك[٢]، وأحمد[٣]، وهو مروي عن: عمر وعلي وابن عمر وشريح وعمر بن عبد العزيز[٤].

وبقولنا قال: الثوري والشعبي والنخعي[٥].

احتجَّ الشافعي بقوله عليه السلام: «**رُفِع عن أمّتي الخطأُ والنسيانُ وما اسْتُكْرِهوا عليه**»[٦] والمراد حكمه وهو يشمل حكم الدَّارين فيكونان مرادين.

ولأن التصرف الشرعي إنما يُعتبر إذا صدر عن قصد صحيح واختيار، والإكراه يسلبُ القصد والاختيار؛ فيفسد قصده شرعًا؛ ألا ترى أنه لو أكره على الإقرار بالطلاق يلغو إقراره بالإجماع، بخلاف الهازل؛ لأنه مختار في السبب، وهذا التكلم بالطلاق وإن لم يكن مختارًا لحكمه. وكذا اللاعب.

ولما روي أنه عليه السلام قال: «**ثلاث جِدّهُنّ جِدٌّ وهزلُهُنَّ جِدٌّ: النَّكاحُ، والطَّلاقُ، والعتاقُ**»[٧].

---

(١) انظر: الأم للشافعي (٣/ ٢٤٠)، والبيان للعمراني (١٠/ ٧٠).

(٢) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي (٤/ ٣٣)، والشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي (٢/ ٣٦٧).

(٣) انظر: معونة أولي النهى لابن النجار (٩/ ٣٤٨)، وكشاف القناع للبهوتي (٥/ ٢٣٥).

(٤) انظر: الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٣/ ١٦١)، وحلية العلماء لأبي بكر الشاشي (٧/ ١٢).

(٥) انظر: الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٣/ ١٦١)، وحلية العلماء لأبي بكر الشاشي (٧/ ١٢).

(٦) قال الزيلعي: وهذا لا يوجد بهذا اللفظ، وإن كان الفقهاء كلهم لا يذكرونه إلا بهذا اللفظ. نصب الراية (٢/ ٦).

أخرجه ابن ماجه (١/ ٦٥٩، برقم ٢٠٤٥)، والحاكم (٢/ ٢١٦، برقم ٢٨٠١) من حديث ابن عباس مرفوعا، بلفظ« إن الله وضع عن أمتي. . . . .».

قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه.

(٧) قال ابن الملقن: والوارد في كتب الحديث المشهورة: «الرجعة» بدل «العتاق». البدر المنير (٨/ ٨١).

أخرجه أبو داود (٢/ ٢٥٩، برقم ٢١٩٤)، والترمذي (٢/ ٤٨١، برقم ١١٨٤)، وابن ماجه (١/ ٦٥٨، برقم ٢٠٣٩)، والحاكم (٢/ ٢١٦، برقم ٢٨٠٠) من حديث أبي هريرة مرفوعا=

بِالطَّلَاقِ. وَلَنَا: أَنَّهُ قَصَدَ إِيقَاعَ الطَّلَاقِ فِي مَنْكُوحَتِهِ فِي حَالِ أَهلِيَّتِهِ فَلَا يَعرَى عَن قَضِيَّتِهِ ....

وقيل: إن كان الرجل في الجاهلية يُطلّق امرأته ثم يرجع ويقول: كنت لاعبًا ويعتق عبده ثم يرجع ويقول كنت لاعبًا، فنزل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوٓاْ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوٗاۚ﴾ [البقرة ٢٣١] فقال عليه السلام: «من طلَّق أو حرر أو نكح فقال: إني كنت لاعبًا، ويعتق عبده ثم يرجع، ويقول: إني كنت لاعبًا فهو جائز»[١].

ولنا: حديث أبي هريرة أنه عليه السلام قال: «**ثلاث جِدُّهنَّ جِدٌّ وهزلُهُنَّ جِدٌّ: النكاحُ والطلاقُ والرجعةُ**». رواه الطحاوي[٢] وأبو داود وابن ماجه وابن حنبل والترمذي وقال: حديث حسن غريب، فدلَّ على عدم اشتراط الرضا والقصد في ذلك.

(**أنه**)؛ أي: المكره.

(**قصد الإيقاع**) واحترز به عن الإكراه بالإقرار[٣] بالطلاق؛ فإنه ما قصد الإيقاع بل قصد الإقرار به كرهًا، والإقرار يتمثل بين الصدق والكذب، وقيام السيف على رأسه دليل كذبه.

(**في حال أهليته**) واحترز به عن الصبي والمجنون.

(**فلا يعرى عن قضيته**)؛ أي: حكمه، وهو: الوقوع؛ لأن التصرف لما صدر عن أهله في محله عن ولاية شرعية وجب القول بنفاذه كما في الطائع.

= قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب، والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ.
قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد، وعبد الرحمن بن حبيب هذا هو ابن أردك من ثقات المدنيين، ولم يخرجاه وغيرهم.

(١) أخرجه الطبري في تفسيره (٤/ ١٨٤)، وابن أبي حاتم (٢/ ٤٢٥) وابن كثير (١/ ٦٣٠) من حديث الحسن البصري مرفوعا، قال ابن كثير: وهذا مرسل.

(٢) في الأصل: (البخاري) وما أثبتناه من النسخة الثانية والثالثة، والحديث سبق تخريجه قريبا، وقد خرجه الطحاوي بسنده في شرح معاني الآثار (٣/ ٩٨، برقم ٤٦٥٤).

(٣) في الأصل: (الإيقاع كراه بالإقرار) وما أثبتناه من النسخة الثانية والثالثة.

دَفعًا لِحَاجَتِهِ اعتِبَارًا بِالطَّائِعِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ عَرَفَ الشَّرَّينِ وَاختَارَ أَهوَنَهُمَا، وَهَذَا آيَةُ القَصدِ وَالِاختِيَارِ، إلَّا أَنَّهُ غَيرُ رَاضٍ بِحُكمِهِ وَذَلِكَ غَيرُ مُخِلٍّ بِهِ كَالهَازِلِ.

ولا خفاء في الأهلية؛ لأن الإكراه لا يزيل العقل والقصد والاختيار، وبالإكراه لا يفوت القصد الصحيح، فإن المكره يقصد ما باشره ولكن لغيره وهو دفع الشر عن نفسه لا بعينه؛ فكان **(كالهازل)**، فإنه يقصد بالتكلم بالطلاق اللعب والهزل لا عينه، وذا لا يمنع وقوع الطلاق فكذا الإكراه.

وللمكره اختيار صحيح؛ حيث عرف الشر من الهلاك والطلاق **(واختار أهونهما)** وهو الطلاق، وهذا دليل صحة قصده واختاره، إلا أن رضاه فائت، وفواته لا يخل بوقوع الطلاق كالهازل.

ولأن المكره مخاطب؛ لأنه أبيح ما أكره عليه مرة، ويفترض مرة، ويحرم عليه مرة كما عرف في الأصول، وذا باعتبار الخطاب، والخطاب بلا أهلية محال.

قوله: **(وهذا)**؛ أي اختيار الأهون.

(آية)؛ أي علامة القصد الصحيح.

(والاختيار) جواب عن قوله: (الإكراه لا يجامع الاختيار).

وقد روى محمد بإسناده: أن امرأةً اعتقلت زوجها، وجلست على صدره، ومعها شفرة، فوضَعَتْها على حلقه، وقالت: طلقني ثلاثًا وإلا أنفَذْتُها، فناشدها الله أن لا تفعل فأبت فطلّقها ثلاثًا، فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال عليه السلام: «**لا قيلولَةَ في الطَّلاقِ**»[1].

وعن عمر أنه قال: أربع مبهمات مقفلات ليس فيهن رد: النكاح والطلاق

---

(١) أخرجه ابن حزم، وقال: وهذا خبر في غاية السقوط، صفوان منكر الحديث - وبقية ضعيف - والغازي بن جبلة مغمور. المحلى بالآثار (٩/ ٤٦٤).
قال الذهبي: قال البخاري: هذا منكر لا يتابع عليه صفوان ولا الغازي.. تنقيح التحقيق (٢/ ٢٠٨).
قال أبو زرعة: هذا حديثٌ واهٍ جدًّا. وقال العقيلي: لا يتابع عليه صفوان، ومداره عليه. البدر المنير (٨/ ١١٨).

(وَطَلَاقُ السَّكْرَانِ وَاقِعٌ) ....

والعتاق والصدقة. هكذا في المبسوط[١].

وإطلاق روينا يدل أيضًا على إيقاع طلاقه، والحكم يثبت اقتضاءً أو اشتراكًا على ما عرف في الأصول؛ فلا عموم له، وقد ارتدَّ حكم الآخرة إجماعًا؛ فلم يبق الآخر مرادًا.

وفي شرح الآثار: الرفعُ يدل على عدم المؤاخذة، لا على عدم الوقوع [٤١٤/ب] فإن المولى [لو قال][٢] لعبده رفعت عنك ما تُخطِئ وما تَنْساه؛ كان معناه: لا تتعرض للّوم والتوبيخ.[٣]

قوله: (وطلاق السكران واقع)، وكذا يصح خلعه وإعتاقه. وبه قال: الشافعي في المنصوص والأصح[٤]، ومالك[٥]، وأحمد في رواية[٦] والثوري[٧].

وهذا في سكر بسبب محظور؛ بأن شرب الخمر أو النبيذ طوعًا حتى سكر وزال عقله.

واختُلف في حدِّ السكر، قيل: السكران هو الذي لا يعرف الأرض من السماء والرجل من المرأة؛ فعلى هذا لا يصح طلاقه وعتاقه وخلعه، ولو كان له من العقل والتمييز ما يقوم به التكليف والخطاب؛ فهو كالصَّاحي فتصح منه التصرفات. كذا في شرح الإرشاد[٨].

قال صاحب الْمُجْتَبَى: وهذا سبيل حسن لابدَّ من حفظه، والناس عنه غافلون[٩].

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٧٧).
(٢) ما أثبتناه زيادة من النسخة الثانية والثالثة.
(٣) شرح معاني الآثار (٣/ ٩٥).
(٤) انظر: الأم للشافعي (٥/ ٢٧٠)، والبيان للعمراني (١٠/ ٦٩).
(٥) انظر: المدونة لابن القاسم (٢/ ٧٩)، و التاج والإكليل للمواق (٥/ ٣٠٩).
(٦) انظر: مختصر الخرقي (ص: ١١٠)، الإنصاف للمرداوي (٨/ ٤٣٤).
(٧) انظر: مصنف عبد الرزاق الصنعاني (٧/ ٨٤)، المحلى بالآثار لابن حزم (٩/ ٤٧٣).
(٨) انظر: الاختيار لتعليل المختار (٤/ ٩٨)، والبناية شرح الهداية للعيني (٦/ ٣٥٩).
(٩) المجتبى لنجم الدين الزاهدي (٣/ ١٢٣٢).

وَاخْتِيَارُ الكَرخِيِّ وَالطَّحَاوِيِّ: أَنَّهُ لَا يَقَعُ، وَهُوَ أَحَدُ قَولَي الشَّافِعِيِّ؛ ....

وقد اختلف نسخ المختصر والشروح له؛ ففي بعضها قال: يقع الطلاق إذا قال: نويت به الطلاق، يعني طلاق المكرَه والسكران واقع إذا قال: نويت به الطلاق. كذا ذكره في شرح قاضي خان(١).

وفي شرح الأقطع: هذا ليس مذهب أصحابنا، ولعلَّ صاحب الكتاب كان قويٌّ عنده مذهب أبي الحسن في أنه لا يقع الطلاق، فإذا قال: نويتُ الطلاقَ صُدِّقَ بالإجماع، وفي بعض النسخ: يقع طلاقه بقوله: أنت حُرة إذا قال: نويت به الطلاق، قال: وهو حسن(٢).

وتقرير لمذهب أصحابنا: أن طلاق السكران وكنايته إذا اقترنت بالكلمة(٣) معتبر ورافع، ولكن ترك الزيادة أقيس بمذهَب أصحابنا.

وفي شرح بكر: السكران الذي يصح منه التصرفات أن يصير بحال يستحسن ما يستقبحه الناس، ويستقبح ما يستحسنوهم؛ لكنه يعرف الرجل من المرأة(٤).

وفي جمل الفقه: أما ردة السكران لا يصح استحسانًا نظرًا له؛ لأن إبقاء عقله للزجر، والحاجة إلى الزجر فيما يغلب وجوده، والردة لا تغلب وجوده، ولأن جهة زوال العقل حقيقة تقتضي بقاء الإسلام، وجهة بقائه تقديرًا تقتضي زوال الإسلام، فيرجح جانب البقاء؛ لأن الإسلام يعلو(٥).

وعن عثمان رضي الله عنه: أنه لا يقع طلاقه وعتاقه(٦). وبه أخذ: زفر والظاهرية(٧) والطحاوي والكرخي ومحمد بن سلمة من أصحابنا(٨)، والشافعي

(١) انظر: الجوهرة النيرة للزَّبِيدِيّ (٢/ ٣٩)، و فتح القدير للكمال ابن الهمام (٣/ ٤٨٩).
(٢) انظر: الجوهرة النيرة للزَّبِيدِيّ (٢/ ٣٩)، البحر الرائق لابن نجيم (٣/ ٢٦٦).
(٣) في الأصل: (إذا اقتربت بالكلية) وما أثبتناه من النسخة الثانية والثالثة.
(٤) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٣/ ٤٩٠)، وحاشية ابن عابدين (٣/ ٢٣٩).
(٥) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ٩٩).
(٦) انظر: مصنف عبد الرزاق الصنعاني (٧/ ٨٤)، ومصنف ابن أبي شيبة (٤/ ٧٧).
(٧) المحلى بالآثار لابن حزم (٩/ ٤٧١).
(٨) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٧٦)، فتح القدير للكمال ابن الهمام (٣/ ٤٩٠).

لِأَنَّ صِحَّةَ القَصدِ بِالعَقلِ، وَهُوَ زَائِلُ العَقلِ، فَصَارَ كَزَوَالِهِ بِالبَنجِ وَالدَّوَاءِ.

وَلَنَا: أَنَّهُ زَالَ بِسَبَبٍ هُوَ مَعصِيَةٌ، ....

في القديم واختاره المزني[١]، وأبو ثور وداود[٢].

لأن الإيقاع يعتمد القصد الصحيح، وليس له قصد صحيح؛ فصار كالنائم بل أقوى، فالنائم ينتبه إذا نبِّه لا السكران.

ولأن صحة التكلم بالعقل؛ فإذا زال عقله لم يكن الموجود منه كلامًا بل هو كصوت الطائر وصار كزواله بالبنج والدواء.

ولا يقال: زواله بسبب هو: معصيته[٣]، وذا سبب التغليظ لا التخفيف؛ لأنه لو ارتدَّ لا تصح ردته، ولو اعتبر هذا المعنى لحكم بصحة[٤] ردته.

وقلنا: إنه مخاطب أوقع الطلاق في منكوحته فلا يُعرّى[٥] عن قضيته اعتبارًا بالصاحي.

وبيان ذلك: أنه مخاطب؛ فإنه تعالى قال: ﴿لَا تَقْرَبُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَـٰرَىٰ﴾ [النساء: ٤٣] وهذا خطاب حال سكره على ما عرف في الأصول.

ولأن الخطاب إنما يتوجه باعتدال الحال، وذا أمر باطن لا يتوقف عليه؛ فأقيم السبب الظاهر الدال عليه، وهو: البلوغ عن عقل مقامه؛ تيسيرًا، وبالسُّكر لم يَزُلْ هذا المعنى.

وغفلته عن نفسه بسبب هو معصيته[٦]؛ فلا يستحق [به][٧] التخفيف، ولم يكن عُذرًا في المنع من نفوذ تصرفاته بعد ما تقرر سببه؛ لأن بالسكر لا يزول عقله، ولكن عجز عن استعماله؛ لغلبة السرور عليه، ولئن زال فهو حاصل

---

(١) انظر: مختصر المزني (٨/ ٣٠٦)، والبيان للعمراني (١٠/ ٦٩).
(٢) انظر: الإشراف لابن المنذر (٥/ ٢٢٦)، الاستذكار لابن عبدالبر (٦/ ٢٠٧).
(٣) في الأصل: (معصية) وما أثبتناه من النسخة الثانية والثالثة.
(٤) في الأصل: (يحكم صحة) وما أثبتناه من النسخة الثانية والثالثة.
(٥) في الأصل: (يعزى) وما أثبتناه من النسخة الثانية والثالثة.
(٦) في الأصل: (معصية) وما أثبتناه من النسخة الثانية والثالثة.
(٧) ما أثبتناه زيادة من النسخة الثانية والثالثة.

فَجُعِلَ بَاقِيًا حُكمًا زَجرًا لَهُ، حَتَّى لَو شَرِبَ فَصُدِعَ وَزَالَ عَقلُهُ بِالصُّدَاعِ نَقُولُ: إِنَّهُ لَا يَقَعُ طَلَاقُهُ.

بسبب هو معصيته فلم يؤثر في إسقاط ما بني على التكليف؛ بل يجعل باقيًا حكمًا؛ زجرًا وتنكيلًا؛ ألا ترى أنه أُلحق[١] بالصاحي في حق وجوب القصاص وحد القذف حتى لو قتل وقذف في هذه الحالة يجب حد القذف والقصاص؛ فلأن يلحق بالصاحي فيما لا يسقط بالشبهة أولى.

فإن قيل: يشكل بسفر المعصية؛ فإنه لا يجعل كالإقامة في حق الأحكام عندنا زجرًا له.

قلنا: تعلقت الرخصة بسفره لا بمعصيته، بخلاف السُّكْر فإنه حصلت بسبب هو معصيته[٢]؛ فيجعل كالصاحي زجرًا له، بخلاف البنج والدواء؛ فإن غفلته ليست بسبب هو معصيته[٣]، وما يعتبر به نوع مرض فلا يكون سُكْرًا حقيقة؛ فكان كالإغماء. وبه قال: الشافعي[٤]، ومالك[٥]، وأحمد[٦].

وذكر عبد العزيز الترمذي[٧]: سألت أبا حنيفة وسفيان الثوري عن من شرب المُبَنِّج فارتفع رأسه فطلَّق امرأته؛ قالا: إن كان حين شربَ يعلم أنه ما هو فهي طالق، وإلا لا[٨].

ولو شرب [٤١٥/أ] من الأشربة التي تتخذ من العسل أو الشهد أو السُّكَّر أو من الحبُوب كالحنطة والشعير وغيرهما، وسَكِرَ وطلَّق؛ لا يقع طلاقه عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

---

(١) في الأصل: (الحمق) وما أثبتناه من النسخة الثانية والثالثة.
(٢) في الأصل: (معصية) وما أثبتناه من النسخة الثانية والثالثة.
(٣) في الأصل: (معصية) وما أثبتناه من النسخة الثانية والثالثة.
(٤) انظر: الأم للشافعي (٥/ ٢٧٠)، الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ٢٣٦).
(٥) انظر: الاستذكار لابن عبدالبر (٦/ ٢٠٧)، منح الجليل للشيخ عليش (٤/ ٤٤).
(٦) انظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٥/ ٣٨٢)، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٣/ ٧٤).
(٧) في الأصل: (والترمذي) وما أثبتناه من النسخة الثانية والثالثة.
(٨) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٣/ ٤٩١).

....

وعند [محمد][١]: يقع[٢]. وبه قال: الشافعي؛ لأن كل مسكر حرام عندهما، وعليه الفتوى كما يجيء في الأشربة[٣].

ولو شرب الخمر فلم يزل عقله، ولكن صدع فزال عقله بالصُّداع؛ لم يقع طلاقه لأن زوال عقله بالصداع لا بالسكر فما زال عقله بمعصيته فإن الصداع مرض كسائر الأمراض.

فإن قيل: الصداع حصل بالخمر ويضاف الزوال إليها؛ فإن الحكم يضاف إلى علة العلة كما في شراء القريب.

قلنا: الخمر ليس بموضوع للصداع، والشراء موضوع للملك؛ فافترقا.

ولو شرب الخمر مكرهًا أو لضرورة العطش فسكر فطلق، قال بعض مشايخنا: لا يقع طلاقه؛ لأنه سُكر بسبب مباح. وبه قال: الشافعي[٤]، ومالك[٥]، وأحمد[٦]؛ لأنه كالمغمى عليه. وبه أخذ صاحب الإيضاح[٧].

وقال أكثرهم: يقع؛ لأن عقله زالَ عند كمال التلذذ، وعند ذلك لا يبقى مكرهًا؛ فجُعل قائمًا[٨].

وفي "المبسوط": وأما ردة السكران فلا حكم بها؛ لانعدام ركنها وهو الاعتقاد؛ لأن السكران غير معتقد لما يقول، وأما إقراره بالحد لا يعتبر؛ لأنه لا يثبت على شيء فيجعل راجعًا عمَّا أقر به فيؤثر السكر فيما يحتمل الرجوع[٩].

---

(١) ما أثبتناه زيادة من النسخة الثانية والثالثة.
(٢) انظر: المحيط البرهاني لبرهان الدين ابن مَازَةَ (٣/ ٢٠٧)، وفتح القدير للكمال ابن الهمام (٣/ ٤٩٢).
(٣) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٣/ ٤٩١)، وحاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٢/ ١٩٦).
(٤) انظر: جواهر العقود لشمس الدين الأسيوطي (٢/ ١٠٢)، مغني المحتاج للخطيب الشربيني (٤/ ٤٥٦).
(٥) انظر: الذخيرة للقرافي (٩/ ٢٥٨).
(٦) انظر: الكافي لابن قدامة (٤/ ٢٩٨).
(٧) انظر: تبيين الحقائق لفخر الدين الزيلعي (٢/ ١٩٦)، وقره عين الأخيار لعلاء الدين بن عابدين (٨/ ٣٢٣).
(٨) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ١٠٠)، وتبيين الحقائق لفخر الدين الزيلعي (٢/ ١٩٦).
(٩) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٧٦).

(وَطَلَاقُ الأَخرَسِ وَاقِعٌ بِالإِشَارَةِ)؛ لِأَنَّهَا صَارَت مَعهُودَة فَأُقِيمَت مَقَامَ العِبَارَةِ دَفعا لِلحَاجَةِ، وَسَتَأتِيكَ وُجُوهُهُ فِي آخِرِ الكِتَابِ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(وطَلَاقُ الأَمَةِ ثِنتَانِ، حُرًّا كَانَ زَوجُهَا أَو عَبدًا، وَطَلَاقُ الحُرَّةِ ثَلَاثٌ، حُرًّا كَانَ زَوجُهَا أَو عَبدًا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: عَدَدُ الطَّلَاقِ مُعتَبَرٌ بِحَالِ الرِّجَالِ، ....

(وطلاق الأخرس واقعٌ بالإشارة) إن كان له إشارة تعرف في نكاحه وطلاقه، وعتاقه وبيعه وشرائه واقع استحسانًا سواء قدر على الكتابة أو لا. وبه قال: الشافعي[(١)]، ومالك[(٢)]؛ لأنه يحتاج إلى ما يحتاج إليه الناطق، فلو لم[(٣)] نجعل إشارته كعبارة الناطق؛ لأدّى إلى الحرج.

وهو مدفوع بالنص **(في آخر الكتاب)**، أي: كتاب الهداية لا كتاب الطلاق.

وقال صاحب التتمة من أصحاب الشافعي: إن قدر على الكتابة لا يقع طلاقه بالإشارة؛ لعدم الضرورة؛ فإن الكتابة أدل على المراد من الإشارة، وينبغي مع ذلك قصد[(٤)] الطلاق[(٥)].

قوله: (وقال الشافعي: عدد الطلاق معتبر بحال الرّجال)[(٦)]. وبه قال: مالك[(٧)]، وأحمد[(٨)]، وهو قول: عمر وزيد بن ثابت[(٩)].

وبقولنا قال الثوري، وهو مذهب علي وابن مسعود[(١٠)]، والخلاف يظهر في حرة تحت عبد وأمة تحت حر.

وقال ابن عمر: يعتبر بأيهما كان رقيقًا.

---

(١) انظر: الأم للشافعي (٥/ ٢٦٢)، والحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ١٧١).
(٢) انظر: النوادر والزيادات لأبي زيد القيرواني (١/ ١٥٦)، والمنتقى للباجي (٤/ ١٥).
(٣) في الأصل: (فلم) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٤) في الأصل: (قصدت) وما أثبتناه من النسخة الثالثة.
(٥) تتمة الإبانة عن فروع الديانة (صـ١٧٤).
(٦) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ٣٠٤)، والوسيط للغزالي (٥/ ٤٠٠).
(٧) انظر: الذخيرة للقرافي (٤/ ٣١٦).
(٨) انظر: الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة (٨/ ٣٢١)، والفروع لابن مفلح (٩/ ٥٢).
(٩) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (٤/ ١٠١)، والإشراف لابن المنذر (٣/ ٢٨٢).
(١٠) انظر: الإشراف لابن المنذر (٣/ ٢٨٢)، والمحلى بالآثار لابن حزم (٩/ ٥٠٥).

لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الطَّلَاقُ بِالرِّجَالِ وَالعِدَّةُ بِالنِّسَاءِ» وَلِأَنَّ صِفَةَ المَالِكِيَّةِ كَرَامَةٌ وَالآدَمِيَّةُ مُستَدعِيَةٌ لَهَا، وَمَعنَى الآدَمِيَّةِ فِي الحُرِّ أَكمَلُ، فَكَانَت مَالِكِيَّتُهُ أَبلَغَ وَأَكثَرَ. وَلَنَا قَولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: ....

والعدة تعتبر بحالها بالإجماع.

وله: قوله عليه السلام: «**الطَّلَاقُ بِالرِّجَالِ**» الحديث(١)؛ قابل العدة بالطلاق على وجه يختص كل واحد بجنس على حدة، واعتبار العدة بالنساء بالإجماع من حيث القدر، فكذا اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر تحقيقًا للمُقابلة.

ولا يقال: يراد به إيقاع الطلاق؛ لأن ذا معلوم لا يحتاج إلى البيان، فإن قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ﴾ [الطلاق: ١] صريح فيه.

وفي رواية: «يُطلِّق العبد تطليقتين، وتعتدُّ الأمة حيضتين»(٢).

(ولأن) الزوج هو المالك للطلاق بالإجماع، و**(صفة المالكية كرامة)**، واستحقاق الكرامات بوصف الآدمية؛ قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ﴾ [الإسراء: ٧٠] فوجب أن يُزاد صفة المالكية بزيادة وصف الآدمية.

(ومعنى الآدمية في الحر) أوفر و**(أكمل)** فإن العبد يشتمل على جهة الآدمية والماليَّة؛ ولهذا يباع في الأسواق كما تباع الدواب والأثواب، وتجب القيمة في قتله كما في البهيمة.

(ولنا قوله عليه الصلاة السلام) عن قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ إلى قوله: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا﴾ [البقرة: ٢٢٩ - ٢٣٠] والنص ورد في الحرة بدليل قوله تعالى: ﴿فَلَا

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧/ ٦٠٥) موقوفا على: زيد بن ثابت.
قال الذهبي: ويروى عن ابن عباس مرفوعا، والصواب وقفه. تنقيح التحقيق (٢/ ٢١٣).
قال الزيلعي: غريب مرفوعا. نصب الراية (٣/ ٢٢٥).
قال ابن حجر العسقلاني: لم أجده مرفوعا، وأخرجه ابن أبي شيبة عن ابن عباس بإسناد صحيح، وأخرجه الطبراني عن ابن مسعود موقوفا وأخرجه عبد الرزاق موقوفا أيضا على عثمان بن عفان وزيد بن ثابت وابن عباس. الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ٧٠).

(٢) أخرجه الدارقطني (٤/ ٤٧٥، برقم ٣٨٣٠)، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/ ٢٥٥) موقوفا على عمر رضي الله عنه.
قال البيهقي: قال سفيان: وكان ثقة.

«طَلَاقُ الأَمَةِ ثِنْتَانِ وَعِدَّتُهَا حَيضَتَانِ» ....

جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩] والأمة لا تملك الافتداء، وبدليل قوله: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ﴾ [البقرة:٢٣٠]، والأمة لا تملك نكاح نفسها، وبدليل قوله: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ﴾ [البقرة:٢٣٠]، أي: تناكحا بغير الطلاق وذا في الحر والحرة.

و(قوله عليه السلام: «**طلاقُ الأَمَةِ ثنتان**»)[١] قاله مطلقًا، سواء كانت تحت حر أو عبد، وقد جمع بين الطلاق والعدة، والعدة معتبرة بالنساء فكذا الطلاق المذكور.

ولأنه تعالى بقوله: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] قابل الطلاق بالعدة، والمقابلة تقتضي التسوية، وبالإتفاق يعتبر حالها في العدة؛ فكذا في الطلاق.

ومن ملك على امرأته عددًا من الطلاق يملك إيقاعه[٢] في أوقات السُّنَّة، وبهذا أفحم عيسى بن أبان الشافعي؛ فقال: أيها الفقيه إذا ملك الحر على امرأته الأمة ثلاث تطليقات، كيف يطلقها في أوقات السُّنة؟ فقال: يوقع عليها واحدة، فإذا حاضت وطهرت أوقع أخرى، فلما أراد أن يقول فإذا [٤٢٠/ب] حاضت وطهرت، قال: حسبك فإن عدتها قد انقضت، فلما تحيَّر رجع وقال: ليس في الجمع بدعة، ولا في التفريق سُنة.

ومعنى ما رُوي: إيقاع «**الطلاق بالرجال**»؛ لأن الطلاق متى أضيف إلى الرجال يرادُ به الإيقاع، ولأنه مراد إجماعًا فلم يبق غيره مرادًا؛ لأن المقتضى لا عموم له. وقيل: أنه كلام زيد، لا يثبت مرفوعًا إلى النبي ﷺ.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (١/ ٦٧٢، برقم ٢٠٧٩) مرفوعا من حديث ابن عمر.
وأخرجه أبو داود (٢/ ٢٥٨، برقم ٢١٨٩)، والترمذي (٢/ ٤٧٩، برقم ١١٨٢)، وابن ماجه (١/ ٦٧٢، برقم ٢٠٨٠)، والحاكم (٢/ ٢٢٣، برقم ٢٨٢٢)، مرفوعا من حديث عائشة بلفظ « طلاق الأمة تطليقتان ».
قال أبو داود: «وهو حديث مجهول».
قال الترمذي: حديث عائشة حديث غريب، لا نعرفه مرفوعا إلا من حديث مظاهر بن أسلم، ومظاهر لا نعرف له في العلم غير هذا الحديث، والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم.
قال الحاكم: مظاهر بن أسلم شيخ من أهل البصرة، لم يذكره أحد من متقدمي مشايخنا بجرح، فإذا الحديث صحيح، ولم يخرجاه.

(٢) في الأصل: (إيقاعها) وما أثبتناه من النسخة الثالثة.

وَلِأَنَّ حِلَّ الْمَحَلِّيَّةِ نِعمَةٌ فِي حَقِّهَا، ....

وما روي «**يطلّق العبد ثنتين**»؛ فليس فيه ألّا[١] يطلّق الثالثة، أو معناه: إذا كانت تحته أمة، وإنما قاله بناءً على ظاهر الحال، واعتبار الكفاءة في النكاح كذا في المبسوط[٢].

قيل: الحديثان غريبان، ثم إنهما من الآحاد مع أنه قيل أنه مطعُون فلم يَرْوِه إلا القتبي، وقيل: طعن في حديثه[٣].

فلا يجوز تقييد مُطلق الكتاب بهما، ولا معارضة الخبر المشهور به، مع أن قوله: «**يطلَّقُ العبد ثنتينِ**» لا ينفي الثالثة؛ كما يقال فلان يملك درهمين، وقوله عليه السلام: «**طلاقَ الأمةِ ثنتانِ**» يقتضي اختصاص الطلاق بها؛ لأنه أضافه إليها؛ فيقتضي اختصاص الطلقتين، فلو ملك الزوج عليها الثالثة لبطل الاختصاص.

وقوله: (لأن ذا معلوم لا يحتاج إلى البيان) ممنوع، بل يحتاج؛ لأنه قد يُشكل؛ فإن النكاح يشترك بين الزوجين في الانعقاد، والأصل في كل عقد كان انعقادُه بعاقدين أن يكون ارتفاعه بهما[٤] أيضًا كالبيع والإجارة، ولأنه مشترك بينهما في المقاصد والأحكام، فيشكل أن يكون الارتفاع بهما على الشركة؛ فجلى الإشكال بقوله: «**الطلاق بالرجال**».

قوله: (وَلِأَنَّ حِلَّ الْمَحَلِّيَّةِ) إلى آخره، هذا جواب عن تعليل الخصم؛ يعني: (**حلّ المحلّية**)، وهو: حل تزوجها للرجل (**نعمة في حقها**) كما هو في حقه؛ لأن هذا حل مشترك بينهما يبتني عليه مقاصد مشتركة كحل الاستمتاع

---

(١) في الأصل: (إلا أن) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٤٠).
(٣) اللفظة مشكلة بالمخطوط وإنما أثبتناها هكذا كالقدوري؛ فإنه قال: وإنما ذكره القتبي في رسالته، وقد ذكر هناك أخبارًا أنكرها أصحاب الحديث. التجريد للقدوري (١٠/ ٤٩٧٩).
ويقصد بالقتبي: ابن قتيبة، انظر: لسان الميزان (٩/ ١٥٥).
وقد رد الذهبي على من ضعفه ورماه بالكذب؛ فقال: هذه مجازفة وقلة ورع، فما علمت أحدا اتهمه بالكذب قبل هذه القولة، بل قال الخطيب: إنه ثقة. سير أعلام النبلاء (١٣/ ٢٩٩).
(٤) في الأصل: (ارتفاعهما به) وما أثبتناه من النسخة الثانية.

وَلِلرِّقِّ أَثَرٌ فِي تَنصِيفِ النِّعَمِ، إِلَّا أَنَّ العُقدَةَ لَا تَتَجَزَّأُ فَتَكَامَلَت عُقدَتَانِ، وَتَأْوِيلُ مَا رُوِيَ أَنَّ الإِيقَاعَ بِالرِّجَالِ.

(وَإِذَا تَزَوَّجَ العَبدُ امرَأَة بِإِذنِ مَولَاهُ وَطَلَّقَهَا وَقَعَ طَلَاقُهُ، وَلَا يَقَعُ طَلَاقُ مَولَاهُ عَلَى امرَأَتِهِ)؛ لِأَنَّ مِلكَ النِّكَاحِ حَقُّ العَبدِ فَيَكُونُ الإِسقَاطُ إِلَيهِ دُونَ المَولَى.

والازدواج، وإليه أشار تعالى بقوله: ﴿لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ [الممتحنة ١٠].

(وللرق أثر في تنقيص النعم) فيكون للحرّ أزيدَ منه للعبَد.

كما أن حِلَّ النبي ﷺ أزيد بسبب النبوة.

ويملك الحر تزويج أربع، والعبد ثنتين؛ فكان[(١)] حِلّ حرة تحت عبد أوسع من حِلّ أمة تحت حر، [وفيه][(٢)] وقع النزاع.

ولأن الطلاق تصرّف يَبتني على الحل فيقدر بقدر الحِل؛ كأصل النكاح.

وحِل الرجل يَتَنَصَّفُ بِرقِّ الرجل؛ فكذا حِل المرأة يَتَنَصَّفُ بِرقِّ المرأة.

ثم الحرة تملك أن تتزوج الرجل ثلاث مرات؛ أي: بتجدد العقد، فوجب أن تملك الأمة أن تتزوج مرة ونصفها، **(إلا أن العقدة لا تتجزأ)** فيملك عقدين، ومن ضرورة عقد النكاح يكون الطلاق أيضًا طلاقين؛ لأنه لا يتجزأ.

قولُه: (عَلَى امْرَأَتِهِ)؛ أي: على امرأة العبد باتفاق الفقهاء.

(لأن ملك النكاح حق[(٣)] العبد)؛ لأنه من خواص الآدمية، وفيما يتعلق بالآدمية فالعبد مبقى فيه على أصل الحرية، وينبغي أن يملك النكاح بلا إذن مولاه. كما قال مالك[(٤)].

إلا أنه لو ملك يتضرر المولى به؛ فلا يملكه بدون إذنه، وإذا ملكه بإذنه يكون إسقاطُه إليه؛ لأنه حقه **(دُون المولى)**.

---

(١) في الأصل: (فكل) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٢) ما أثبتناه زيادة من النسخة الثانية.
(٣) في الأصل: (حِل) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٤) انظر: المدونة لابن القاسم (٢/ ١٢٤).

بَابُ إيقَاعِ الطَّلَاقِ

(الطَّلَاقُ عَلَى ضَربَينِ: صَرِيحٌ، وَكِنَايَةٌ. فَالصَّرِيحُ قَولُهُ: «أَنتِ طَالِقٌ، وَمُطَلَّقَةٌ، وَطَلَّقتُكِ»، فَهَذَا يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ الرَّجعِيُّ) لِأَنَّ هَذِهِ الأَلفَاظَ تُستَعمَلُ فِي الطَّلَاقِ وَلَا تُستَعمَلُ فِي غَيرِهِ، فَكَانَ صَرِيحًا، ....

باب إيقاع الطلاق

لما فرغ الشيخ عن: بيان الطلاق، وشرعيته، وكونه سنيًّا وبدعيًّا، ومالكه[١]؛ شرع في بيان ما يقع به الطلاق.

قوله: (والطلاق على ضربين)؛ أي نوعين.

والطلاق هنا بمعنى التطليق من طلّق، كسلّم تسليمًا وسلامًا، لا مصدرُ طَلَق.

ثم الطلاق لا يقع بمجرد العزم والنية عند الأئمة الأربعة وأصحابهم، وقال الزهري: يقع بالعزم والنية من غير نطق[٢].

(لأن هذه الألفاظ) وهي قوله: أنتِ طالق وطلّقتكِ وأنتِ مطلّقة.

(لا تستعمل في الطلاق ولا في غيره) ويراد بها الطلاق عن النكاح عرفًا وشرعًا.

(فكان صريحًا) بالإجماع؛ لأنه ظهر المرادُ به ظهورًا بينًّا، وغير هذه الألفاظ كله كنايات. وبه قال الشافعي في القديم[٣].

وعند الشافعي الصريح ثلاثة ألفاظ: الطّلاق والفراق والسّراح؛ لورود لفظ الفراق والسّراح في القرآن بمعنى الطلاق كثيرًا وكذا في الحديث، فكانا كلفظ الطلاق في عدم احتياجها إلى النية[٤].

وعند مالك: لفظ الفراق والسّراح ليسا بصريحين، ولكنهما من الظاهر؛ لأنه يفتقر إلى النية كما في الكنايات الظاهرية[٥].

---

(١) في الأصل: (وماليكة)، وما أثبتناه من النسخة الثانية.

(٢) انظر: الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٥/ ٢٠٤)، المعاني البديعة لجمال الدين الريمي (٢/ ٢٤٩).

(٣) انظر: نهاية المطلب لإمام الحرمين (١٣/ ٢٩٤).

(٤) انظر: الأم للشافعي (٥/ ١٢٩)، الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ٣٢).

(٥) انظر: الكافي لابن عبدالبر (٢/ ٥٧٥)، جامع الأمهات لابن الحاجب (ص: ٢٩٦).

وَأَنَّهُ يَعقُبُ الرَّجعَةَ بِالنَّصِّ (وَلَا يَفتَقِرُ إِلَى النِّيَّةِ) لِأَنَّهُ صَرِيحٌ فِيهِ لِغَلَبَةِ الِاستِعمَالِ،

(وأنه)؛ أي: الصريح.

(يعقبُ الرجعة بالنص) والإجماع[1]، قال تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة ٢٢٨] سمَّاه بعلًا؛ فدلَّ أن الطلاق الرجعي لا يُبطل الزوجية.

فإن قيل: لفظ الرد يدل على زوال ملكه.

قلنا: أطلق اسم الرد بعد انعقاد سبب زوال الملك، فيكون بمعنى رد السبب عن إثبات زوال الملك، ويكون فسخًا للسبب، ويطلق الرد على الفسخ كما يقال رده بالعيب، [٤٢١/أ] وأنه فسخ.

فإن قيل: لا يخلو عن ارتكاب أحد المجازين: إما حمل الرد على الفسخ، أو إطلاق اسم البعل على المطلق مجازًا.

قلنا: لما أن البعل لغة حقيقة للزوج، والرّدّ يستعمل في الوجهين.

ولأنه جُعل أحق بالرد، والرد إذا كان بسبب نكاح جديد لا يكون هو أحق منها. إليه أشير في شرح التأويلات.

وقال تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وقال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾ إلى قوله: ﴿فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ﴾.

(ولا يفتقر)؛ أي: الصريح.

(إلى النية) بإجماع الفقهاء، وقال داود: يفتقر الصريح إلى النية؛ لاحتمال غير الطلاق[2].

وقلنا: هذا الاحتمال مرجوح فلا يُعتبر؛ لغلبة الاشتغال في الطلاق، والنية في تعيين المبهم ولا إبهام فيها.

ولأنه تعالى قال: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ [البقرة ٢٢٩]، ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق ١] من غير شرط النية.

وحديث ابن عمر حيث أمره بالمراجعة، ولم يسأله هل نوى الطلاق أو لا؟

---

(١) في الأصل: (بالإجماع) وما أثبتناه من النسخة الثانية.

(٢) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ١٥٤)، المعاني البديعة لجمال الدين الريمي (٢/ ٢٤٩).

(وَكَذَا إذَا نَوَى الإِبَانَةَ) لِأَنَّهُ قَصَدَ تَنجِيزَ مَا عَلَّقَهُ الشَّرعُ بِانقِضَاءِ العِدَّةِ فَيُرَدُّ عَلَيهِ.

فلو كانت النية شرطًا لسأله فلا مراجعة [إلّا][1] بعد الوقوع؛ فدلَّ أن الوقوع لا يحتاج إلى النية.

(وكذا إذا نوى الإبانة)؛ أي: بلفظ الصريح؛ يكونُ طلاقًا رجعيًّا.

وإن نوى الإبانة يتخير ما علقه الشرع؛ قال تعالى: ﴿أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [البقرة ٢٢٩]، وقال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍۚ﴾ [البقرة ٢٣١] على ما ذكرنا.

وإذا كانت العدة [باقية][2] كانت الرجعة باقية؛ بقوله ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

وفي القنية: ذكر في مختصر المنية: أنه ذكر في شرح البزدوي: يكرر مسائل الطلاق عند زوجته ويقول: (أنتِ طالق) ولا ينوي؛ لا تطلق[3].

وفي فتاوي النور المنصوري: متعلّم يكتب ناقلًا من كتاب فيقل: رجل، قال: ويوقف، ثم يقول: امرأتي طالق ثلاثًا، وقاله باللسان وكتب ويوقف، ثم نقل عنه: إن لم أدخل الدار، وقاله باللسان وكتب، ولكن قصده الحكاية لا الإيقاع لا يقع[4].

ولو قال لجماعة لا يعلمون الفارسية: تعلمت ذكرا فقولوه معي، فقال: زَنِ مِنْ بَسّه طَلَاق، فقالوا ذلك؛ لا يحكم بالحرمة، وكذا لو لم يعتقدوه تسبيحًا؛ بل اعتقدوه شيئًا آخر ولم يعرفوا معناه[5].

ولو كتبت: (أنتِ طالق) فقالت لزوجها: اقرأها، فقرأه؛ لا يقع الطلاق ما لم يقصد خطابها به[6].

---

(١) أضفناها ليستقيم الكلام كما في كتب الشروح. انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ١٠١).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.
(٣) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٤)، البحر الرائق لابن نجيم (٣/ ٢٧٨).
(٤) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٤)، البحر الرائق لابن نجيم (٣/ ٢٧٨).
(٥) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٤).
(٦) انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٣/ ٢٧٨).

(وَلَو نَوَى الطَّلَاقَ عَن وِثَاق لَم يُدَيَّن فِي القَضَاءِ) لِأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ ....

ولو كتب على قرطاس أو لوح أو حائط كتابة مستبينة؛ لكن لا[١] على وجه التخاطب لامرأته: طالق؛ فيُسأل عن نيته، فإن قال: لم[٢] أنو شيئًا لا يقع[٣] وبه قال: الشافعي[٤]، ومالك[٥].

وقال أحمد: يقع[٦].

ولو كتب كتابًا مرسومًا معنويًّا، فقال فيه: إذا وصل إليكِ كتابي فأنتِ طالق يقع به الطلاق بالإجماع.

ولو قال: ما أردت الطلاق أصلًا لا يصدق قضاء ويصدق ديانة.

(عن وَثاق) وهو القيد بفتح الواو، والكسر لغة فيه.

(لم يُدَيَّنْ في القضاء)؛ أي: لم يصدقه القاضي، واستعمال لفظ المداينة[٧] في التصديق مجاز، وذِكْرُ الملزوم وإرادة اللازم. وبه قال: الشافعي[٨]، وأحمد[٩].

وعن مالك: يصدقه القاضي في حال الرضا دون الغضب[١٠].

(لأنه)؛ أي: الطلاق عن الوثاق.

(خلاف الظاهر) لما ذكرنا أنه بمنزلة الحقيقة للطلاق عن قيد النكاح؛ فلا يصدقه القاضي في صرف الكلام عن الظاهر فيما فيه تخفيف عليه، وكذا لا يسع للمرأةِ أن تصدقه لأنه خلاف الظاهر.

---

(١) في الأصل: (لا لكن لا) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٢) في الأصل: (لو) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ١٠٩).
(٤) انظر: مختصر المزني (٨/ ٢٩٦)، والتنبيه للشيرازي (ص: ١٧٥).
(٥) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي (٤/ ٤٩)، الشرح الصغير للدردير (٢/ ٥٦٩).
(٦) انظر: الهداية للكلوذاني (ص: ٤٢٠)، المغني لابن قدامة (٧/ ٤٨٦).
(٧) في الأصل: (التدين) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٨) انظر: المهذب للشيرازي (٣/ ٩)، نهاية المطلب للجويني (١٤/ ١٥٦).
(٩) انظر: الهداية للكلوذاني (ص: ٤٢٠)، كشاف القناع للبهوتي (٥/ ٢٤٧).
(١٠) انظر: التاج والإكليل للمواق (٥/ ٣٢٥)، شرح مختصر خليل للخرشي (٤/ ٤٤).

(وَيُدَيَّنَ فِيمَا بَينَهُ وَبَينَ اللَّهِ تَعَالَى) لِأَنَّهُ نَوَى مَا يَحتَمِلُهُ. (وَلَو نَوَى بِهِ الطَّلَاقَ عَن العَمَلِ لَم يُدَيَّن فِي القَضَاءِ وَلَا فِيمَا بَينَهُ وَبَينَ اللَّهِ تَعَالَى) لِأَنَّ الطَّلَاقَ لِرَفعِ القَيدِ وَهِيَ غَيرُ مُقَيَّدَة بِالعَمَلِ. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ يُدَيَّنُ فِيمَا بَينَهُ وَبَينَ اللَّهِ تَعَالَى لِأَنَّهُ يُستَعمَلُ لِلتَّخلِيصِ.

(ويُدَيَّنُ)؛ أي: يُصدّق.

(فيما بينه وبين الله تعالى) فإنه مطلع على نيته. وبه قال: الشافعي[(١)]، ومالك[(٢)]، وأحمد[(٣)].

(لأنه)؛ أي: لفظ الطلاق، يحتمل الطلاق عن وثاق؛ فإنه يستعمل في البعير.

ولو صرح فقال: «أنتِ طالق» عن وثاق؛ لم يقع في القضاء شيء؛ لأنه صرح ما يحتمل كلامه. وبه قال: الشافعي[(٤)]، ومالك[(٥)]، وأحمد[(٦)].

(وهي غير مقيد بالعمل) فلا يستعمل لفظ الطلاق في العمل حقيقةً ولا مجازًا؛ لأن الطلاق لرفع قيد النكاح حقيقة كما ذكرنا، ولغيره مجاز فلا يصح نفيه؛ لأنه ما لا يحتمله اللفظ.

(وعن أبي حنيفة): روى الحسن عن أبي حنيفة.

(يُدَيَّنُ)؛ لأن الطلاق عن العمل يَرد فيه التخلص[(٧)]؛ فصحت نيته مجازًا.

ولو صرَّح فقال: «أنتِ طالق من عمل كذا»؛ وقع الطلاق في القضاء؛ لأن هذا اللفظ لا يستعمل في الطلاق عن العمل لا حقيقة ولا مجازًا، فكان قوله: (من هذا العمل) بيانًا، صورة لا حقيقة؛ فلا يصدّق قضاء ويُصدّق ديانة؛ لأنه بيان ما يحتمله في الجملة، وإن كان خلاف الظاهر.

---

(١) انظر: المهذب للشيرازي (٣/ ٩)، نهاية المطلب للجويني (١٤/ ١٥٦).
(٢) انظر: التاج والإكليل للمواق (٥/ ٣٢٥)، شرح مختصر خليل للخرشي (٤/ ٤٤).
(٣) انظر: الهداية للكلوذاني (ص: ٤٢٠)، كشاف القناع للبهوتي (٥/ ٢٤٧).
(٤) انظر: المهذب للشيرازي (٣/ ٩)، نهاية المطلب للجويني (١٤/ ١٥٦).
(٥) انظر: التاج والإكليل للمواق (٥/ ٣٢٥)، شرح مختصر خليل للخرشي (٤/ ٤٤).
(٦) انظر: الهداية للكلوذاني (ص: ٤٢٠)، كشاف القناع للبهوتي (٥/ ٢٤٧).
(٧) في الأصل: (يُردفه التخليص) وما أثبتناه من النسخة الثانية.

(وَلَو قَالَ: أَنتِ مُطْلَقَةٌ) بِتَسكِينِ الطَّاءِ (لَا يَكُونُ طَلَاقًا إلَّا بِالنِّيَّةِ) لِأَنَّهَا غَيرُ مُستَعمَلَة فِيهِ عُرفًا فَلَم يَكُن صَرِيحًا.

وعلى قياس رواية الحسن ينبغي أن لا يقع في القضاء أيضًا.

(لأنها)؛ أي: لفظ المُطْلقة.

(غير مستعملة فيه)؛ أي: في الطلاق؛ فإن لفظ الإطلاق لا يستعمل في قيد النكاح، وإنما يستعمل في القيد الحقيقي والحبس.

(فلم[(١)] يكن صريحًا) ويوقف على النية.

وفي اللغة التسكين والتشديد واحد؛ لأن كلاهما نعت [٤٢١/ب]، إلا أن بالتشديد من باب التفعيل، وبالتسكين من باب الإفعال؛ فعلى هذا لا يتوقف على النية. وبه قال الشافعي[(٢)].

أما في العُرف يستعمل في الطلاق بالتشديد.

ولو قال: يا مطلّقة بالتشديد يقع؛ لأنه وصفها بكونها مطلّقة، ولا تكون مطلّقة إلا بالتطليق.

ولو قال: أردت حرمة الشتم لا يصدق في القضاء؛ لأنه خلاف الظاهر، ويُدَيَّنُ فيما بينَه وبين الله تعالى؛ لأنه قد يراد بمثله الشتم.

ولو كان لها زوج قبله فقال: عنيت ذلك الطلاق؛ دُيِّنَ في القضاء؛ لأنه محتمل اللفظ.

ولو لم يكن لها زوج قبله لا يُدَيَّنُ في القضاء؛ لأنه لا يحتمل أن تكون مطلقة غيره.

ولو قال: أنت أطْلَقُ من امرأة فلان، وهي مُطلّقة؛ فذلك على نيته، إلا أن يكون جوابًا لمسألة الطلاق؛ لأن[(٣)] لفظ أَفْعَلُ ليس صريحًا في الكلام؛ ولهذا لو قال: أنتَ أزنَى من فلان؛ لا يجب الحد؛ لأنه غير صريح في القذف فإذا لم

---

(١) في الأصل: (فلا يكون) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٢) انظر: كفاية الأخيار لتقي الدين الحصني (ص: ٣٨٩).
(٣) في الأصل: (لأنه) وما أثبتناه من النسخة الثانية.

....

يكن صريحًا وقف على النية، إلا إذا خرج جوابًا لسؤال[١] الطلاق فينصرف إليه بقرينة السؤال.

ولو قال: أنتِ طال -بحذف القاف-، ونوى؛ يقع وإلا لا.

ولو قال: يا طالِ -بكسر اللام-؛ يقع نوى أو لم ينو.

ولو قال: أنتِ طالق طالق؛ تطلق ثنتان.

أو: أنتِ طالق أنت طالق؛ تطلق ثنتان؛ لكون اللفظ صَريحًا في الطلاق والمحل قابل.

ولو قال: عنيتُ بالثاني الإخبار عن الأول؛ لم يصدَّق في القضاء لأنه خلاف الظاهر، ويصدَّق ديانة لأن صنيعتها للإخبار.

أما لو قال: أنتِ طالق، فقال له رجل: ما قلت؟ فقال: طلَّقتُها، أو قلت: هي طالق؛ وقعت واحدة قضاء لأنه أخبر بقرينة الاستخبار.

أما الطلاق بالفارسية: لو قال لامرأته: بهشتم ازْ زِنِي، أو قال: ازْ زِنِي بهشتم؛ لا يكون طلاقًا إلا بالنية؛ لأن معنى هذا اللفظ بالعربية: خلّيتُ، وقوله خليت من الكنايات.

و"تخلّيت" يقع الطلاق بائنًا، و"بهشتم" يقع رجعيًّا عند أبي حنيفة؛ لأن هذا اللفظ يحتمل أن يكون صريحًا في لغتهم، ويحتمل أن يكون كناية فلا تثبت البينونة بالشك.

وقال أبو يوسف: بهشتم ازْ زِني أو قال: ازْ زِنِي بهشتم يقع طلاقا بلا بينونة؛ لأن أبا يوسف خالط العجم ودخل جُرْجَانَ فعرف أن اللفظ في لغتهم صريح[٢]. وبقوله[٣] قال: الشافعي[٤]، ومحمد[٥].

---

(١) في الأصل: (بالسؤال) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ١٠٢)، المحيط البرهاني لبرهان الدين ابن مَازَةَ (٣/ ٢٣٣).
(٣) في الأصل: (وبقولهم) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٤) انظر: البيان للعمراني (١٠/ ٩٧)، تكملة المجموع للمطيعي (١٧/ ١٠٨).
(٥) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ١٠٢)، المحيط البرهاني لبرهان الدين ابن مَازَةَ (٣/ ٢٣٣).

قَالَ: (وَلَا يَقَعُ بِهِ إِلَّا وَاحِدَةٌ وَإِن نَوَى أَكْثَرَ مِن ذَلِكَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَقَعُ مَا نَوَى،

ولو قال: بهشتم، ولم يقل: ازْ زِنِي، فإن قال ذلك في حال سؤال الطلاق أو حال الغضب؛ فهي واحدة رجعية، ولا يصدَّق إذا قال: ما أردت به الطلاق؛ لأنه خلاف الظاهر.

وفي غير حال الغضب أو مذاكرة الطلاق يُدَيَّنُ قضاء؛ لأن معنى قوله: بهشتم: خلّيت، وليس في قوله: خلّيت، إضافة إلى النكاح ولا إلى الزوجة إلا بقرينة نية، أو مذاكرة طلاق، أو غضبٍ.

ولو نوى منه بائنًا؛ فبائن.

ولو نوى ثلاثًا فثلاث؛ لأنه يحتمل البينونة بنوعية "تخلّيتُ"، إلا أن محمدًا قال: في حال الرضاء والغضب يدين أنه ما أراد به الطلاق، وعند زفر: بقوله "بهشتم" يقع بائن نوى أو لم ينو، ولو نوى ثلاثًا فثلاث[(١)].

هذا ما نقل عن أصحابنا في الطلاق بالفارسية.

والأصل الذي عليه الفتوى في الطلاق بالفارسية أنه: إذا كان فيها لفظ لا يُستعمل إلا في الطلاق؛ فذلك اللفظ صريح يقع بلا نية إذا أُضيفت إلى المرأة مثل: ززن رها كردم، وفي عُرف أهل خراسان والعراق: بهشتم؛ لأن الصريح لا يختلف باختلاف اللغات، وما كان في الفارسية يستعمل في الطلاق وغيره فهو من كنايات الفارسية فحكمه حكم كناية العربية في جميع الأحكام.

قوله: (ولا يقع)؛ أي: بلفظ الصريح، وهو قوله: أنت طالق أو مطلّقة أو طلّقتكِ إلا واحدة عندنا. وبه قال أحمد[(٢)].

وقال الشافعي: يقع ما نوى فيه[(٣)]. [به][(٤)] قال: زفر[(٥)]، ومالك[(٦)]،

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ١٠٢).
(٢) انظر: مسائل الإمام أحمد رواية أبي داود السجستاني (ص: ٢٣٥)، الهداية للكلوذاني (ص: ٤٢٣).
(٣) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ١٦٢).
(٤) ما أثبتناه زيادة من النسخة الثانية.
(٥) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٩).
(٦) انظر: المدونة لابن القاسم (٢/ ٢٩٢).

لِأَنَّهُ مُحتَمِلٌ لَفظَهُ، فَإِنَّ ذِكرَ الطَّالِقِ ذِكرٌ لِلطَّلَاقِ لُغَة، كَذِكرِ العَالِمِ ذِكرٌ لِلعِلمِ، وَلِهَذَا يَصِحُّ قِرَانُ العَدَدِ بِهِ، فَيَكُونَ نَصْبًا عَلَى التَّمييزِ. وَلَنَا: أَنَّهُ نَعتٌ فَردٌ ....

وأحمد في رواية(١)، والظاهرية(٢) وهو قول أبي حنيفة أولًا ولم يرتضه ورجع عنه(٣).

(**يصح قران العدد به**)؛ أي بقوله: أنت طالق.

(**ويكون العدد نصبًا على التفسير**)؛ أي: التمييز، يعني إذا قال: أنتِ طالق واحدة أو ثنتين أو ثلاثًا انتصبت هذه على التمييز، والتمييز يُعيِّن أحد محتملات اللفظ؛ ألا ترى أنه يصح الاستفسار عن العدد فيقالُ: كم طلقتها؟ فصحت نية العدد فيه كما لو نصَّ على الطلاق، أو قال: أنت طالق طلاقًا، وكما في قوله: طلّقي نفسك.

يؤيده حديث رُكانة بن عبد يزيد أنه "أتى النبي ﷺ فقال: طلقت امرأتي ألبتَّة واللهِ ما أردتُ إلا واحدةً، فقال عليه السلام: «والله ما أردتَ إلا واحدةً؟» فقال ركانة: [٤٢٢/أ] والله ما أردتُ إلا واحدةً؛ فردَّها إليه النبي ﷺ"(٤)؛ فدلَّ أنه لو أراد ما زاد على الواحدة وقع. كذا في شرح الوجيز(٥).

(**ولنا: أنه**)؛ أي قوله: طالق.

(**نعت فرد**) يقالُ للواحدة طالق، وللثنتين طالقان، وللثلاث طوالق، ونعت الفرد لا يحتمل العدد فينوي ما يحتمله اللفظ؛ فلغت نيته؛ لأن النية لتعيين بعض

---

(١) انظر: الهداية للكلوذاني (ص: ٤٢٣)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٥/ ٤٢٨).
(٢) المحلى بالآثار لابن حزم (٩/ ٤٠٥).
(٣) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٩).
(٤) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٦٣، برقم ٢٢٠٦)، والترمذي (٢/ ٤٧١، برقم ١١٧٧)، سنن ابن ماجه (١/ ٦٦١، برقم ٢٠٥١).
قال الترمذي: هذا حديث، لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وسألت محمدا عن هذا الحديث، فقال: فيه اضطراب. ويروى عن عكرمة، عن ابن عباس أن ركانة طلق امرأته ثلاثا.
قال ابن ماجة: سمعت أبا الحسن علي بن محمد الطنافسي، يقول: ما أشرف هذا الحديث، قال ابن ماجة: أبو عبيد تركه ناجيه، وأحمد جبن عنه).
(٥) فتح العزيز بشرح الوجيز للرافعي (١٤/ ٦٩٢).

حَتَّى قِيلَ لِلْمُثَنَّى طَالِقَانِ وَلِلثَّلَاثِ طَوَالِقُ فَلَا يَحتَمِلُ العَدَدَ لِأَنَّهُ ضِدُّهُ، ....

محتملات اللفظ، والنية الخالية عن اللفظ الدَّال على ما نوى لا تفيد.

ثم المراد بالنعت: الخبر تجوّزًا لكونه مشتقًّا كالنعت؛ لأن الطالق خبر لا صفة؛ إذِ المضمر لا يوصَف عند البصريين، ولكنه لو كان صفة يبقى المبتدأ بلا خبر.

ولأن قوله: (طالق) نكرة؛ فلا يجوز أن يكون صفة للمعرفة.

فإن قيل: قوله: (أنتِ طالق) نعت لغة لكنه إنشاء شرعًا؛ ولهذا لو قال للمُعتدة من طلاق رجعي: أنتِ طالق، يقع الطلاق بالإجماع ولا يحمل على الإخبار وإن كان صادقًا فيه، والإنشاء يحتمل العدد، والإنشاء هو الطلاق وأنه يحتمل العدد، ولئن سلَّمنا؛ ولكن الثلاث فرد من حيث الجنس كما يجيء أن الجنس فرد بالإضافة إلى سائر الأجناس حكمًا فيتناوله عند النية؛ لأنها محتملة.

قلنا: (أنتِ طالق) نعت لغة وشرعًا؛ لأن الأصل تقرير الألفاظ في موضوعاتها إلا أن المخبر به إذا كان ثابتا قبل الإخبار؛ صح الخبر بدون إثبات شيء آخر، وإذا لم يكن ثابتا قبله؛ مسَّت الحاجة إلى إثباته قبيل الخبر بطريق الاقتضاء ضرورة صحة الخبر فلا حاجة إلى تغيير الوضع.

والدليل على صحة ما ذكرنا قول الرجل لأجنبية ولامرأته: أحدكما طالق؛ لا يقع الطلاق ولو كان إنشاءً لوقع.

وأما وقوع الطلاق في المعتدة عن طلاق رجعي؛ فلأن الطلاق إنما يقع ضرورة صحة الخبر الأول، فلا يظهر في حق صحة الخبر الثاني؛ فتقع طلقةً أخرى تصحيحًا له في الثاني.

وأما قوله: (إن الثلاث فردٌ من حيث الجنس) غير مسلّم؛ بل هو عدد من الجنس؛ فإن جنس الطلاق ما له وجود.

ولأن الطلاق وإن كان من جنس الطلاق المشروع؛ لكن هذا الجنس في ذاته عددٌ، ولا يعرى عن وصف العدد؛ فلا يحتمله نعت الفرد. كذا قيل وفيه نوع تأمّل.

وَذِكرُ الطَّالِقِ ذِكرٌ لِطَلَاق هُوَ صِفَةٌ لِلمَرأَةِ لَا لِطَلَاق هُوَ تَطلِيقٌ، وَالعَدَدُ الَّذِي يُقرَنُ بِهِ

وفي المبسوط: وقوله: "طلّقتُكِ" ذكر فعل، وهو لا يحتمل العدد؛ كقوله: قمت وقعدت، وَأَحَدٌ لا يخالفُ في هذا(١).

وكذلك قوله: "طلّقتُكِ" حكاية.

قوله: ولا احتمال فيه لمعنى العدد ولا لمعنى العموم؛ بل يثبت طلاقًا شرعًا لتصحيح كلامه بطريق الاقتضاء، ولا عموم للمقتضى بخلاف قوله: طلِّقي نفسكِ؛ فإن نية الثلاث لا باعتبار معنى العدد ولا باعتبار معنى العموم؛ لأنه تفويضٌ، والتفويض قد يكون عامًّا وقد يكون خاصًّا، وَالْمُفَوَّضُ إليه بهذا اللفظ طلاق، وذلك ثابت لغة(٢).

قوله: **(وَذِكْرُ الطَّالِقِ)** إلى آخره؛ جوابٌ عما قال الخصم: إن ذكر الطالق ذكر الطلاق لغة؛ كذا العالم ذكر للعلم.

قلنا: هو مُسلَّمْ؛ لكن هاهنا ذكر الطلاق الذي هو عبارة عن الانطلاق الذي هو **(صفة للمرأة لا لطلاق هو تطليق)**؛ إذْ هو صفة الزوج، لكن يثبت التطليق من ضرورة كونها موصوفة بالطلاق اقتضاء، والمقتضى لا عموم له؛ لأن الثابت اقتضاء ليصحح الكلام عدم فيما وراءه، ونية الثلاث أو الثنتين أمر وراء الوقوع؛ فلا يكون ثابتًا في حقه.

يؤيده أنه عليه السلام أمر ابن عمرَ بالمراجعة ولم يستفسره أنه أراد الثلاث أو لا، ولو كانت نية الثلاث تجوز [لكان](٣) ينبغي أن يسأله ويحلفه كما حلف ابن ركانة في لفظ البتة؛ فإن البتة تحتمل البينونة بنوعيه فتصح نية الثلاث.

وبهذا يعلم جواب ما ذكر في شرح الوجيز: وإنما انتصب العدد باعتبار أنه نعت لمصدر محذوف وقام مقام المصدر(٤).

قال الغزالي في البسيط: والقول بأن ثلاثًا نصب على التفسير جهلٌ

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٧٧).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٧٧).
(٣) أضفناها لمناسبة السياق.
(٤) فتح العزيز بشرح الوجيز للرافعي (١٤/ ٦٩٢).

نَعتٌ لِمَصدَر مَحذُوف مَعنَاهُ: طَلَاقًا ثَلَاثًا، كَقَولِك: أَعطَيتُهُ جَزِيلًا، أَي: عَطَاء جَزِيلًا (وَلَو قَالَ: أَنتِ الطَّلَاقُ، أَو أَنتِ طَالِقٌ الطَّلَاقَ، أَو أَنتِ طَالِقٌ طَلَاقًا، فَإِن لَم تَكن لَهُ نِيَّةٌ، أَو نَوَى وَاحِدَة أَو ثِنتَين، فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجعِيَّةٌ، وَإِن نَوَى ثَلَاثًا فَثَلَاثٌ) وَوُقُوعُ الطَّلَاقِ بِاللَّفظَةِ الثَّانِيَةِ وَالثَّالِثَةِ ظَاهِرٌ، لِأَنَّهُ لَو ذَكَرَ النَّعتَ وَحدَهُ يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ، فَإِذَا ذَكَرَهُ وَذَكَرَ المَصدَرَ مَعَهُ وَأَنَّهُ يَزِيدُهُ وَكَادَة أَولَى.

وَأَمَّا وُقُوعُهُ بِاللَّفظَةِ الأُولَى.

بالعربية؛ بل هو نعت لمصدر محذوف[١].

وفي المبسوط: ثلاثًا، منصوب بنزع حرف الخافض معناه بثلاث، كقوله: ﴿مَا هَٰذَا بَشَرًا﴾ بطريق البدل عن مصدر محذوف، وصحة الاستفسار عن العدد في الحكاية لا يدلُّ على أنه من محتملات اللفظ كما يصح الاستفسار عن الشرط والبدل[٢].

بخلاف ما (لو قال: أنت طالق طلاقًا)؛ فإن الطلاق هناك منصوص عليه فكان ثابتًا من جميع الوجوه فيثبت في حق قبول النية فتصح نية الثلاث لا نية الثنتين؛ لأن اسم الجنس يتناول الفرد حقيقة أو حكمًا، ولا يحتمل المثنى.

وعن أبي حنيفة لا تقع إلا واحدة؛ لأن ذكر المصدر للتأكيد[٣].

وقلنا: إنما يحمل على [٤٢٢/ب] التأكيد إذا لم يكن حمله على فائدة جديدة، وقد أمكن هاهنا.

وبخلاف قوله: طلقي نفسك؛ لما ذكر في الأصول أن الأمر بالفعل يتناول المصدر وأنه اسمُ جنس فيقع على الأدنى ويحتمل الكل، فإذا نوى الكل فقد نوى محتمل لفظه فيصح.

وكذا قوله: طلقتكِ، أو أنتِ مطلّقة، لا يحتمل العدد.

ولأنه فرد فلا تصح نية العدد.

قوله: (وأما وقوعه باللفظة الأولى).

---

(١) البسيط للغزالي (ص٨٦٣).
(٢) المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ٧٧).
(٣) المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ٧٧).

فَلِأَنَّ الـمَصدَرَ قَد يُذكَرُ وَيُرَادُ بِهِ الِاسمُ، يُقَالُ: «رَجُلٌ عَدلٌ»، أَي: عَادِلٌ، فَصَارَ بِمَنزِلَةِ قَولِهِ: «أَنتِ طَالِقٌ»، وَعَلَى هَذَا لَو قَالَ: أَنتِ طَلَاقٌ، يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ أَيضًا وَلَا يَحتَاجُ فِيهِ إِلَى النِّيَّةِ وَيَكُونُ رَجعِيًّا، لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ صَرِيحُ الطَّلَاقِ لِغَلَبَةِ الِاستِعمَالِ فِيهِ، وَتَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلَاثِ، لِأَنَّ المَصدَرَ يَحتَمِلُ العُمُومَ وَالكَثرَةَ، لِأَنَّهُ اسمُ جِنسٍ فَيُعتَبَرُ بِسَائِرِ أَسمَاءِ الأَجنَاسِ فَيَتَنَاوَلُ الأَدنَى مَعَ احتِمَالِ الكُلِّ، وَلَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثِّنتَينِ فِيهَا ....

وهي **قوله: (أنت طلاق)، إلى قوله: (ويحتاج فيه إلى النية).**

لا خلاف أن المصدر يُذكر ويراد به اسم النعت؛ لكن الخلاف في قوله: "أنتِ الطلاق" صريح أم كناية؟

فعندنا، ومالك[١]، والشافعي [في قول[٢]][٣]، وأحمد في قول[٤]: صريح.

وقال الشافعي: إنه كناية، وبه أخذ القفال[٥]؛ لأن المصادر غير موضوعة للأعيان، ويستعمل [فيها][٦] على سبيل التجوز؛ فيحتاج إلى النية.

وقلنا: لما أوقع المصدر خبرًا عن "أنتِ" يصير: كـ"أنتِ طالق" عرفًا وشرعًا؛ فيكون صريحًا لغلبة الاستعمال فيه يقال: رجل عدلٌ؛ أي عادل.

قال الشاعر[٧]:

فَـإِنَّـمَـا هِـيَ إِقْـبَـالٌ وَإِدْبَـارٌ

أي: مقبلة ومدبرة، فصار كأنت طالق؛ فعلى هذا ينبغي أن لا تصح نية الثلاث فيه كما في قوله: أنت طالق أو مُطلّقة، إلا أن يقول يصح نظرًا إلى الظاهر؛ فلهذا قيل: الصحيح الوجه الثاني، وهو أن يكون على حذف المضاف

---

(١) انظر: التلقين في الفقة المالكي للقاضي عبدالوهاب (١/ ١٢٨).
(٢) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ١٥٣)، والتنبيه للشيرازي (ص: ١٧٥).
(٣) ما أثبتناه زيادة من النسخة الثانية والثالثة.
(٤) انظر: المبدع لابن مفلح (٦/ ٣٢٩)، الإنصاف للمرداوي (٨/ ٤٦٣).
(٥) انظر: البيان للعمراني (١٠/ ١١٠).
(٦) ما أثبتناه زيادة من النسخة الثانية والثالثة.
(٧) عجز بيت من البسيط، صدره: تَرْتَعُ ما غَفَلَتْ حتى إذا ادَّكَرَتْ. ديوان الخنساء (ص: ٣٥).

خِلَافًا لِزُفَرَ.

هُوَ يَقُولُ: إنَّ الثِّنتَينِ بَعضُ الثَّلَاثِ، فَلَمَّا صَحَّت نِيَّةُ الثَّلَاثِ صَحَّت نِيَّةُ بَعضِهَا ضَرُورَةً. وَنَحنُ نَقُولُ: نِيَّةُ الثَّلَاثِ إنَّمَا صَحَّت لِكَونِهَا جِنسًا، حَتَّى لَو كَانَت المَرأَةُ أَمَةً تَصِحُّ نِيَّةُ الثِّنتَينِ بِاعتِبَارِ مَعنَى الجِنسِيَّةِ، أَمَّا الثِّنتَانِ فِي حَقِّ الحُرَّةِ فَعَدَدٌ، وَاللَّفظُ لَا يَحتَمِلُ العَدَدَ، وَهَذَا لِأَنَّ مَعنَى التَّوَحُّدِ يُرَاعَى فِي أَلفَاظِ الوُحدَانِ، وَذَلِكَ بِالفَردِيَّةِ أَو الجِنسِيَّةِ، وَالمُثَنَّى بِمَعزِل مِنهُمَا.

(وَلَو قَالَ: «أَنتِ طَالِقٌ الطَّلَاقَ»، فَقَالَ: أَرَدتُ بِقَولِي: «طَالِقٌ» وَاحِدَةً،

كأنه قال: أنت ذات الطلاق، خلافًا لزفر[١]. وبه قال: الشافعي[٢]، ومالك[٣].

له: أنه لمَّا صحت نية الثلاث بالإجماع يصح نية الثنتين ضرورة، ولأن المصدر يحتمل الواحد والاثنين، ولهذا يوصف به؛ فتصح النية لأنه محتمل اللفظ.

وقلنا: إنه فرد؛ فيتناول الفرد حقيقة أو حكمًا[٤] كما في الأصول، والمثنى ليس بفرد حقيقة ولا حكما.

وذكر الطحاوي في قوله: أنت طلاق بدون الألف واللام لا تكون إلا واحدة وإن نوى الثلاث بخلاف قوله: أنت الطلاق حيث تصح نية الثلاث فيه[٥].

قال الجصاص: هذا الفرق لا يعرف له وجه، إلا على الرواية التي روى[٦] عن أبي حنيفة في قوله: "أنتِ طالق طلاقًا" أنه لا يكون إلا واحدة وإن نوى الثلاث؛ لأن المصدر للتأكيد، ونفي المجاز كقولك: "قمت قيامًا" وإلا على الرواية المشهورة لا فرق بين قوله: أنتِ طلاق، وبين قوله: أنتِ الطلاق[٧].

---

(١) انظر: تبيين الحقائق لفخر الدين الزيلعي (٢/ ١٩٨).
(٢) ما أثبتناه زيادة من النسخة الثانية والثالثة.
(٣) انظر: التلقين في الفقة المالكي للقاضي عبدالوهاب (١/ ١٢٨).
(٤) في الأصل: (أو فردًا حكمًا) وما أثبتناه من النسخة الثانية والثالثة.
(٥) شرح مختصر الطحاوي للجصاص (٥/ ٧٨).
(٦) هكذا بالأصول، وهذه الرواية التي يقصد: رواها بشر بن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة، شرح مختصر الطحاوي للجصاص (٥/ ٧٨).
(٧) المصدر السابق.

وَبِقَوْلِي: الطَّلَاقَ أُخرَى، يُصَدَّقُ) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِد مِنهُمَا صَالِحٌ لِلإِيقَاعِ فَكَأَنَّهُ قَالَ: «أَنتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ»، فَتَقَعُ رَجعِيَّتَانِ إِذَا كَانَت مَدخُولًا بِهَا.

وفي المبسوط: ذكر ابن سماعة أن الكسائي بعث إلى محمد بن الحسن بفتوى، فدفعه إليَّ فقرأته عليه: ما قول قاضي القضاة فيمن يقول لامرأته[(١)]:

فَإِنْ تَرْفُقِي يَا هِنْدُ فَالرِّفْقُ أَيْمَنُ ... وَإِنْ تَخْرُقِي يَا هِنْدُ فَالْخَرْقُ أَشْأَمُ

فَأَنْتِ طَلَاقٌ وَالطَّلَاقُ عَزِيمَةٌ ... ثَلَاثٌ وَمَنْ يَخْرُقْ أَعَقُّ وَأَظْلَمُ

[(٢)]فكتب في جوابه: إن قال ثلاثٌ مرفوعًا تقع واحدة، وإن قال ثلاثًا منصوبًا يقع ثلاثًا؛ لأنه إذا ذكر مرفوعًا كان ابتداءً [فيبقى قوله: أنت طالق][(٣)] فتقع واحدة.

وإذا قال: ثلاثًا، منصوبًا على معنى البدل أو التفسير كأنه قال: طالق ثلاثا، والطلاق عزيمة؛ لأن الثلاث في تفسير الْمُوقَع، فاستحسن الكسائي جوابه.

وعن محمد فيمن قال لامرأته: كوني طالقًا أو أَطْلِقِي؛ قال: أراه واقعًا؛ لأن قوله: كوني ليس بأمرٍ حقيقة لعدم تصور كونها طالقًا منها وإن كانت صيغته صيغة الأمر؛ بل هو عبارة عن إثبات كونها طالقًا، كما في قوله تعالى: ﴿كُن فَيَكُونُ﴾ [البقرة ١١٧]، فإن قوله: ﴿كُن﴾ ليس بأمر حقيقة وإن [كان][(٤)] أمرًا صيغة؛ بل هو كناية عن التكوين، وكينُونتها طالقا يقتضي إيقاعًا من قبله، فكان هذا الأمر متضمنًا طلاقًا سابقًا؛ فيقع الطلاق. وكذا قوله: اطْلَقي، وكذا لو قال لامرأته: كوني حرة أو عَتْقَى. كذا في المبسوط[(٥)]، والإيضاح[(٦)].

(لأن كل واحد منهما)؛ أي من قوله: طالق، ومن قوله: الطلاق.

(صالح للإيقاع) بإضمار "أنتِ".

فصار **كقوله: (أنت طالق)** أنت الطلاق؛ فيقعان في الموطوءة، والإلغاء

---

(١) الأبيات من الطويل بلا نسبة. البصائر والذخائر لأبي حيان التوحيدي (٥/ ١٢٩).
(٢) تتمة سؤال الكسائي بعد الأبيات: كم يقع عليها؟. المبسوط للسرخسي (٦/ ٧٧).
(٣) في الأصل: (تبقى فأنت طالق) وما ذكرناه من المبسوط.
(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٥) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٧٧).
(٦) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ١٠١)، الجوهرة النيرة (٢/ ٣٣).

(وَإِذَا أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى جُملَتِهَا، أَو إِلَى مَا يُعَبَّرُ بِهِ عَن الجُملَةِ وَقَعَ الطَّلَاقُ) لِأَنَّهُ أُضِيفَ إِلَى مَحلِّهِ، (وَذَلِكَ مِثلُ أَن يَقُولَ: أَنتِ طَالِقٌ) لِأَنَّ التَّاءَ ضَمِيرُ المَرأَةِ (أَو) يَقُولَ (رَقَبَتُكِ طَالِقٌ، أَو عُنُقُكِ) طَالِقٌ أَو رَأسُكِ طَالِقٌ (أَو رُوحُكِ، أَو بَدَنُكِ، أَو جَسَدُكِ، أَو فَرجُكِ، أَو وَجهُكِ) لِأَنَّهُ يُعَبَّرُ بِهَا عَن جَمِيعِ البَدَنِ. أَمَّا الجَسَدُ وَالبَدَنُ فَظَاهِرٌ وَكَذَا غَيرُهُمَا، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾ [المجادلة: ٣] وَقَالَ: ﴿فَظَلَّتۡ أَعۡنَٰقُهُمۡ لَهَا خَٰضِعِينَ﴾ [الشعراء: ٤] وَقَالَ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَعَنَ اللَّهُ الفُرُوجَ عَلَى السُّرُوجِ» وَيُقَالُ: فُلَانٌ رَأسُ القَومِ وَيَا وَجهَ العَرَبِ، وَهَلَكَت رُوحُهُ بِمَعنَى

الكلام الثاني[١]. وهو قياس قول الشافعي[٢].

قوله: (﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾)؛ أي: تحرير مملوك ولم يُرِدْ الرقبة بعينها.

(﴿لَهَا خَٰضِعِينَ﴾) وأريد بالإعتاق: الذوات؛ ولهذا لم يقل خاضعة، ولو أريد بها حقيقة العتق لقيل خاضعة.

(«**لعن الله الفروج**»)؛ أي: النساء على السروج.

(**ويا وجه العرب**)؛ أي: أنت وجه العرب.

وأيضًا قال تعالى: ﴿كُلُّ شَيۡءٍ هَالِكٌ إِلَّا وَجۡهَهُۥ﴾ [القصص ٨٨] جاء في التفسير أن معناه: إلا هو.

وفي المبسوط: وإنما يقع الطلاق في قوله: "رأسكِ طالق" باعتبار أنه يُعَبِّرُ به عن جميع البدن لا باعتبار الإضافة إلى الرأس بعينه؛ ولهذا لو وضع يده على رأسها وقال: هذا العضو منك طالق؛ لا يقع شيء.

ويعبر به عن جميع البدن [٤٢٣/أ] لا اعتبار الإضافة[٣] يقال: أمري حسن ما دام رأسكَ باقٍ؛ أي: ما دمتَ باقيًا، وكذا يقال: فلان كذا كذا رأسًا[٤].

والوجه يذكر ويراد به الذات؛ قال الله تعالى: ﴿كُلُّ شَيۡءٍ هَالِكٌ إِلَّا وَجۡهَهُۥ﴾

---

(١) أي: إن كانت غير مدخول بها ألغي الثاني (وهو قوله: أنت الطلاق). البناية للعيني (٥/ ٣١١).

(٢) البيان للعمراني (١٠/ ١١٠).

(٣) أي: لكن باعتبار أن الرأس يعبر به عن جميع البدن مع الإضافة إلى الشخص. المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ٨٩).

(٤) المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ٨٩).

نَفسُهُ، وَمِن هَذَا القَبِيلِ الدَّمُ فِي رِوَايَة، يُقَالُ: دَمُهُ هَدرٌ وَمِنهُ النَّفْسُ وَهُوَ ظَاهِرٌ (وَكَذٰلِكَ إن طَلَّقَ جُزءًا شَائِعًا مِنهَا مِثلَ أن يَقُولَ: نِصفُكِ، أَو ثُلُثُكِ طَالِقٌ) لِأَنَّ الجزء الشَّائِعَ مَحِلٌّ لِسَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ كَالبَيعِ وَغَيرِهِ، فَكَذَا يَكُونُ مَحِلًّا لِلطَّلَاقِ، إلَّا أَنَّهُ لَا يَتَجَزَّأُ فِي حَقِّ الطَّلَاقِ، فَيَثبُتَ فِي الكُلِّ ضَرُورَة (وَلَو قَالَ: يَدُكِ طَالِقٌ أَو رِجلُكِ طَالِقٌ: لَم يَقَع الطَّلَاقُ) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: يَقَعُ، وَكَذَا الخِلَافُ فِي كُلِّ جُزء مُعَيَّن لَا يُعَبَّرُ بِهِ عَن جَمِيعِ البَدَنِ. لَهُمَا: ....

[القصص ٨٨] أي إلا هو، ولو كفل بوجه فلان؛ يصير كفيلًا بنفسه.

(ومن هذا القبيل)؛ أي: ممَّا يعبّر عن الكل.

(الدَّم في رواية)؛ أي: رواية كتاب الكفالة.

(يقال: دمه هدر)؛ أي: نفسه.

وفي رواية كتاب العتاق: لا تَطلقُ.

(وقال: زفر)[(١)]، ومالك[(٢)] **(والشافعي)**[(٣)]، وأحمد[(٤)] **(يقع)**.

(وكذا الخلاف في كل جزء معين) كالأصبع والدّبر وغيرهما مما **(لا يعبّر به عن جميع البدَن)**.

وقال أحمد: يقع بالإضافة إلى جزءٍ لا ينفصل عنه حال الحياة[(٥)].

ولا خلاف أن بالإضافة إلى الشعر والظفر والسن والريق والعرق والحَمْل؛ لم تطلق.

وقال ابن أبي ليلى: يقع بالإضافة إلى كله[(٦)].

والعتاق، والظهار، والإيلاء، وكل سبب من أسباب الحرمة: على هذا الخلاف.

---

(١) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٨٩)، بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ١٤٣).
(٢) انظر: المدونة لابن القاسم (٢/ ٦٩)، والمنتقى للباجي (٤/ ٥).
(٣) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ٢٤١)، والتنبيه للشيرازي (ص: ١٧٥).
(٤) انظر: مختصر الخرقي (ص: ١١٢)، والإقناع للحجاوي (٤/ ١٨).
(٥) انظر: مختصر الخرقي (ص: ١١٢)، والإقناع للحجاوي (٤/ ١٨).
(٦) انظر: مختصر اختلاف العلماء للطحاوي (٢/ ٤١٠)، حلية العلماء للشاشي (٧/ ٢٨).

أَنَّهُ جُزءٌ مُستمَتَعٌ بِعَقدِ النِّكَاحِ وَمَا هَذَا حَالُهُ يَكُونُ مَحِلًّا لِحُكمِ النِّكَاحِ فَيَكُونَ مَحِلًّا لِلطَّلَاقِ، فَيَثْبُتَ الحُكمُ فِيهِ قَضِيَّةً لِلإِضَافَةِ، ثُمَّ يَسرِي إِلَى الكُلِّ كَمَا فِي الجُزءِ الشَّائِعِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أُضِيفَ إِلَيهِ النِّكَاحُ، لِأَنَّ التَّعَدِّيَ مُمتَنِعٌ، إذ الحُرمَةُ فِي سَائِرِ الأَجزَاءِ تُغَلِّبُ الحِلَّ ....

وما كان من أسباب الحل كالنكاح؛ لا يصح إضافته إلى الجزء المعين بلا خلاف.

(أنه)؛ أي: الجزء المعين.

(جزء مستمتع)؛ يعني: أضاف الطلاق إلى جزء مُستَمتَع.

(بعقد النكاح) يوجب أن يصح؛ قياسًا على ما إذا أضافه إلى جزء شائع أو جزء يعبّر به عن جميع البدن؛ وذلك لأن ما كان مستمتعًا بعقد النكاح يكون قابلًا لحكم الطلاق؛ لأن الطلاق لرفع حكم النكاح.

[فيكون ما هو محل حكم النكاح وكونه مستمتَعًا؛ أي: حلال الاستمتاع، أنه كونه محل حكم النكاح][1]؛ إذِ الحكم الأصلي في النكاح الحِل.

(فيثبت)؛ أي: حكم الطلاق.

(فيه)؛ أي: في محل الاستمتاع.

(قضية) لإضافة الطلاق إليه.

(ثم يسري إلى الكل كما في الجزء الشائع) تغليبًا للحرمة ابتداءً وانتهاءً.

قوله: **(بخلاف ما إذا أضيف إليه النكاح)**؛ جواب عمَّا يلزم الشافعي من السؤال، وهو: أن الجزء المستمتع لو كان محلًّا للطلاق وحكم النكاح؛ ينبغي أن يجوز إضافة النكاح إليه، [ثم يثبت الحكم فيما وراءه قضية للتسرّي فقال: مع قيام المحلية لا تصح إضافة النكاح إليه][2]؛ لامتناع التعدي منه إلى غيره؛ لأن قيام **(الحرمة في سائر الأجزاء)** يمنع من تعدي الحل إليها؛ لأن الحرمة **(تغلب الحل)** بقوله عليه السلام: «**لن يجتمع الحلال**»[3] الحديث.

---

(١) ما بين المعكوفتين من الأصل فقط.
(٢) ما بين المعكوفتين من الأصل فقط.
(٣) قال الزيلعي: وهذا الحديث وجدته موقوفا على ابن مسعود. نصب الراية (٤/ ٣١٤). =

فِي هَذَا الجُزءِ، وَفِي الطَّلَاقِ الأَمرُ عَلَى القَلبِ.

ولهذا لا تصح إضافة النكاح إلى الجزء الشائع عنده.

فإن قيل: كيف تترجح الحرمة وشرط الترجيح المعارضة، وشرط المعارضة اتحاد المحل وهو معدوم ههنا؟

قلنا: المرأة في حق وقوع الطلاق والنكاح بمنزلة شيءٍ واحدٍ وعضو واحد بالإجماع. كذا في الفوائد الظهيرية.

(الأمر على القلب)؛ يعني: مبنى الطلاق على غلبة الحرمة والسراية؛ ولهذا يصح إضافة الطلاق إلى الجزء الشائع دون النكاح.

ولو طلّق شهرًا؛ يقع الطلاق مؤبّدًا.

ولو قال: تزوجتكِ شهرًا؛ لا يصح النكاح.

وذكر في كتبهم: اختلف الأصحابُ فيما إذا أضاف الطلاق إلى جزء شائع أو مُعيّن كيف يقع؟ على المضاف إليه أولًا ثم يسري إلى باقي البدن كما في العتق؟

قال الغزالي: هو ظاهر المذهب في العتق لا في الطلاق.

وقيل: يجعل الجزء الشائع المعين عبارة عن الكل فيقع باللفظ؛ لأنه لا يفرض حصول الطلاق في المضاف إليه وحده حتى يقدر سرايته إلى الباقي.

وتظهر ثمرة الخلاف فيمن قال لامرأته: إن دخلت الدار فيمينك طالق؛ فقطعت يمينها ثم دخلت، إن قلنا: بالسراية؛ لا يقع هاهنا، وإن قلنا: بالعبارة عن الكل؛ يقع.

وفيمن لا يمين لها لو قال: يمينُكِ؛ قيل: على هذا الخلاف، وقيل:

= أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧/ ٢٧٥) وقال: وأما الذي روي عن ابن مسعود أنه قال: «ما اجتمع الحرام والحلال إلا غَلبَ الحرام على الحلال» فإنما رواه جابر الجعفي، عن الشعبي، عن ابن مسعود، وجابر الجعفي ضعيف، والشعبي، عن ابن مسعود منقطع، وإنما رواه غيره بمعناه عن الشعبي من قوله غير مرفوع إلى عبد الله بن مسعود.
قال السخاوي: وقال الزين العراقي في تخريج منهاج الأصول: إنه لا أصل له، وكذا أدرجه ابن مفلح في أول كتابه في الأصول فيما لا أصل له. المقاصد الحسنة (ص: ٥٧٤).

وَلَنَا: أَنَّهُ أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى غَيرِ مَحِلِّهِ فَيَلغُو كَمَا إِذَا أَضَافَهُ إِلَى رِيقِهَا أَو ظُفرِهَا، وَهَذَا لِأَنَّ مَحِلَّ الطَّلَاقِ مَا يَكُونُ فِيهِ القَيدُ، لِأَنَّهُ يُنبِئُ عَن رَفعِ القَيدِ، وَلَا قَيدَ فِي اليَدِ، وَلِهَذَا لَا تَصِحُّ إِضَافَةُ النِّكَاحِ إِلَيهِ، بِخِلَافِ الجُزءِ الشَّائِعِ، لِأَنَّهُ مَحِلٌّ لِلنِّكَاحِ عِندَنَا، حَتَّى تَصِحُّ إِضَافَتُهُ إِلَيهِ، فَكَذَا يَكُونُ مَحِلًّا لِلطَّلَاقِ.

الأشبه أنه لا يقع بكلا الطرفين(١).

(ولا قيد في اليد)؛ لأنه عبارة عن المنع من الفعل مع القدرة عليه، واليد لا توصف بكونها قادرة فاعلة فلا توصف بالقيد.

ولأن حكم النكاح: الاختصاص عن الزوج بزوج آخر، واليد ليس بمحل هذا الحكم؛ ولهذا صحَّ النكاح والطلاق وإن لم يكن لها يد.

ولو أضاف النكاح إليه لا يصح.

(فكذا يكون)؛ أي: الجزء الشائع.

(محلًّا للطلاق)؛ لأنه لرفع النكاح.

وفي المبسوط: والتعدي في محل أضيف إليه إلى محل آخر؛ إنما يستقيم لو صلح المحل الذي أضيف إليه التصرف مستتبعًا للجزء الذي لم يضف إليه التصرف، وإنما يصلح مستتبعًا له أن لو كان أصلًا بنفسه.

[والجزء الشائع أصل في نفسه](٢)؛ إذْ لا وجود للمحل بدونه فجاز أن يستتبع جزءًا مثله في الحكم تصحيحًا لتصرفه.

أما الجزء المعين فتابع في نفسه في حق محلية الحكم على معنى أنه يتصور وجود المحل ووجود حكم التصرف [٤٢٣/ب] بدونه.

فلو قلنا بالاستتباع؛ لأدَّى إلى جعل الأصل تابعًا لتابعه، وجعل التابع أصلًا لأصله؛ وهو باطل.

ولا تقاس اليد على الرأس؛ لأن الوقوع ثَمَّ باعتبار أن الرأس يعبر عن

---

(١) انظر: نهاية المطلب للجويني (١٤/ ١٨٦)، روضة الطالبين للنوي (٨/ ٦٥).
(٢) ما أثبتناه زيادة من النسخة الثانية والثالثة.

....

البدن لا باعتبار إضافته إلى الرأس، حتى لو عبر قوم باليد عن البدن يقع الطلاق بإضافته إلى اليد[١].

فإن قيل: قد جاء في الآية والحديث أن اليد تطلق على كل البدن قال: ﴿تَبَّتْ يَدَآ أَبِي لَهَبٍ﴾ أي: نفسُه، وقال عليه السلام: «**على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه**»[٢] فلم لا يجوز أن يقع الطلاق باعتبار أنه يعبر عن الكل؟

قلنا: ذكر في الأسرار والمبسوط وغيره: أراد به صاحب اليد على حذف المضاف.

وعندنا متى قال الزوج: أردت صاحبها؛ يقع.

ولو كان في عُرف قوم عبارة عن البدن يقع الطلاق بإضافته إلى اليد، والطلاق مبني على العرف حتى لو لم يكن في بلد ذلك العرف؛ لا يقع[٣].

ولهذا لو أطلق النبطي بالفارسية؛ يقع، والعربي إذا تكلم به وهو لا يدري ما هو؛ لم يُطلِّق. وهذا بابٌ لا مناقشة فيه.

إنما الخلاف في أن ما يملك تبعًا هل يكون محلًا لإضافة الطلاق إليه على حقيقته دون صيرورته عبارة عن جملة البدن؟.

فأما على مجازه؛ لا يقع.

الإشكال أنه يقع بذلك يدًا كان أو رجلًا بعد ما يستقيم ذلك في اللغة، أو كانت لغة قوم يعرفهم كما ذكرنا؛ ولهذا لو أضاف الطلاق إلى الرأس وعنى به اقتصار الطلاق إليه؛ لا يقع.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٩٠).

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٦، برقم ٣٥٦١)، والترمذي (٢/ ٥٥٧، برقم ١٢٦٦)، والنسائي (٥/ ٣٣٣، برقم ٥٧٥١)، وابن ماجه (٢/ ٨٠٢، برقم ٢٤٠٠)، والحاكم (٢/ ٥٥، برقم ٢٣٠٢). من حديث سمرة رضي الله عنه مرفوعا.

قال الترمذي: هذا حديث حسن.

وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري ولم يخرجه. وأيده ابن الملقن بالبدر المنير (٦/ ٧٥٤).

(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٩٠).

وَاخْتَلَفُوا فِي الظَّهرِ وَالبَطنِ، وَالأَظهَرُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ، لِأَنَّهُ لَا يُعَبَّرُ بِهِمَا عَن جَمِيعِ البَدَنِ.

وفي المحيط: قال الإمام الحلواني: ولو عنى الاقتصار لا يبعدُ أن لا يقع الطلاق، ولو أرادَ جميعَ البدن لا يبعد القول بالوقوع[1].

وفي الأسرار: يجوز أن يراد به التأكيد[2] في الآية والحديث؛ لأن الأخذ باليد يكون.

وفي الآية أضاف الهلاك إلى اليد؛ لما أنه أخذ حجرًا ليرمي النبي عليه السلام؛ فكان ذلك دليلًا أن المراد به جميع البدن.

ولا يكون كذلك في باب الطلاق حتى لو أراد به الكل، أو كان فيه عرفًا؛ يقع كما ذكرنا.

ولأن اليد في الغصب أصلٌ لما أن الأخذ يتحقَّقُ بها فجاز أن تذكر ويراد بها الأصل كما في الجاسُوس عينًا؛ لأن العين هو الأصل في التجسس وسائر الأعضاء تبعٌ لها.

أما في باب الطلاق فلا يجوز أن تذكر[3]، ويراد بها الأصل لما ذكرنا أنها ليست بأصلٍ في الطلاق.

قوله: (واختلفوا في الظَّهر والبطن).

وفي المبسوط: قد قال بعض مشايخنا: يقع الطلاق في قوله: ظهركِ طالق وبطنكِ طالق؛ لأن الظهر والبطن في معنى الأصل لا يتصورُ النكاحُ بدونهما[4].

ويُعبَّر بالظهر عن الكل كما يُقال: فلان يُقَوِّي ظهرَك، وقوله عليه السلام: «**لا صدقةَ إلّا عَنْ ظهرِ غنًى**»[5].

والأصح أنه لا يقع الطلاق فيهما؛ **(لأنه لا يعبر بهما عن جميع البدن)**؛ ولهذا

---

(١) المحيط البرهاني لبرهان الدين ابن مَازَةَ (٣/ ٢١٥).
(٢) في الأصل: (أن يراد باليد) وما أثبتناه من النسخة الثالثة.
(٣) في الأصل: (لا أن يذكر) وما أثبتناه من النسخة الثالثة.
(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٩٠).
(٥) أخرجه البخاري (٤/ ٥) معلقا بصيغة الجزم في الوصايا، وأخرجه مسندا بلفظ: «خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى...». (٢/ ١١٢، برقم ١٤٢٦) من حديث أبي هريرة مرفوعا. =

(وَإِن طَلَّقَهَا نِصفَ تَطلِيقَة، أَو ثُلُثَهَا، كَانَت طَالِقًا تَطلِيقَة وَاحِدَة) لِأَنَّ الطَّلَاقَ لَا يَتَجَزَّأُ، وَذِكرُ بَعضِ مَا لَا يَتَجَزَّأُ كَذِكرِ الكُلِّ، ....

لو قال: ظهركِ أو بطنكِ عليّ كظهرِ أمّي، لا يكونُ مظاهرًا.

وما جاء في القرآن والحديث ذكر الظهر وإرادة الكل، وقالوا في قوله عليه السلام: «**إلا عن ظَهْرِ غِنًى**» الظهر معجم؛ فلا عُرف فيه كما في اليد.

حتى لو كان عُرفًا، وأراد؛ ينبغي أن يقع.

وكذا لا يقع في البضع؛ لأنه لا يُعبَّر به عن جميع البدن.

وفي بعض النسخ: لو قال: بِضعُكِ طالق؛ يقع، وهذا تصحيف، إنما هو: بعضُكِ طالق أو نصفكِ.

وقد ذكرنا أن عند: الشافعي[١]، ومالك[٢]، وأحمد[٣]: يقع بالإضافة إلى كل جزء معين أو غيره، إلا أن أحمد قال: لا تصح إضافته إلى جزء ينفصل عنه في حالة الحياة كالشّعر والظّفر والسّن.

قوله: (تطليقة واحدة)، وهو قول عامة العلماء[٤].

وقال نفاة القياس وربيعة[٥]: لا يقع شيء بذكر النصف أو الثلث أو جزء من ألف جزء من الطلاق.

وفي ذكر كل جزء شائع؛ لأن نصف تطليقة مثلًا لا يكون عين ذلك؛ بل هو بعضُه، وبعضُ الشيء غيره، والمشرُوع طلاق لا غيره، وإيقاع غير المشروع باطل.

(كذكر الكل)؛ كالعفو عن بعض القصاص يكون عفوًا عن الكل؛ صيانة

= وأخرجه مسلم (٢/ ٧١٧، برقم ١٠٣٤) بلفظ «أفضلُ الصدقةِ أو خيرُ الصدقةِ عن ظهر غنى..» من حديث حكيم بن حزام مرفوعا.

(١) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ٢٤١)، والتنبيه للشيرازي (ص: ١٧٥).

(٢) انظر: المدونة لابن القاسم (٢/ ٦٩)، والمنتقى للباجي (٤/ ٥).

(٣) انظر: مختصر الخرقي (ص: ١١٢)، والإقناع للحجاوي (٤/ ١٨).

(٤) انظر: الإقناع في مسائل الإجماع لابن القطان (٢/ ٣٤).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٨٩).

وَكَذَا الجَوَابُ فِي كُلِّ جُزء سَمَّاهُ لِمَا بَيَّنَّا (وَلَو قَالَ لَهَا: أَنتِ طَالِقٌ ثَلَاثَةَ أَنصَاف تَطلِيقَتَينِ فَهِيَ طَالِقٌ ثَلَاثًا) لِأَنَّ نِصفَ التَّطلِيقَتَينِ تَطلِيقَةٌ، فَإِذَا جَمَعَ بَينَ ثَلَاثَةِ أَنصَاف تَكُونُ ثَلَاثَ تَطلِيقَات ضَرُورَة. (وَلَو قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ ثَلَاثَةَ أَنصَاف تَطلِيقَة، قِيلَ: يَقَعُ تَطلِيقَتَانِ) لِأَنَّهَا طَلقَةٌ وَنِصفٌ فَيَتَكَامَل، وَقِيلَ: يَقَعُ ثَلَاثُ تَطلِيقَات، لِأَنَّ كُلَّ

لكلام العاقل عن الإلغاء، وتغليبًا للمُحرِّم على المبيح، وإعمالًا للدليل بقدر الإمكان؛ لأنه إذا قام الدليل على البعض وهو مما لا يتجزأ؛ لو لم يتكامل يؤدي إلى إبطال الدليل.

(في كل جزءٍ سماه) من الربع والخمس والسدس والسبع وغيره.

(لما بيّنا)؛ وهو أنه لا يتجزأ، وذكر بعضه كذكر كله.

ولهذا لو قال: أنت طالق نِصْفَيْ تطليقة، تقع واحدة؛ لأنه أَوْقَعَ أجزاءَ تطليقة واحدة، وبه قال الشافعي[(١)] ومالك[(٢)] وأحمد[(٣)].

ولو قال لموطوءة: أنتِ طالق نصف تطليقة، وثلث تطليقة، وربع [٤٢٤/أ] تطليقة، تقع ثلاث؛ لأنه أوقع من كل تطليقة جزءاً، فإنه نكَّر التطليقة في كل كلمةٍ، والنكرة إذا أعيدت نكرة كانت الثانية غير الأولى، وفي غير الموطوءة تقع واحدة؛ لأنها بانت بالأولى كما لو قال: أنت طالق وطالق وطالق.

ولو قال: نصف تطليقة وثلثها وربعها؛ تقع واحدة؛ لأنه أضاف الأجزاء[(٤)] إلى تطليقة واحدة بحرف الكناية، وهو ظاهر الرواية وهو الأصح.

وقال بعض المشايخ: تقع ثنتان[(٥)]. وبه قال: الشافعي في أصح قوليه[(٦)]؛ لأنه لما جمع هذه الأجزاء تكون أكثر من واحدة. كذا في المبسوط[(٧)].

ولو قال لأربع نسوة: بينكُنَّ تطليقة؛ طلقت كل واحدة واحدة. وبه قال:

---

(١) انظر: اللباب للمحاملي (ص: ٣٣١)، الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ٢٤٥).
(٢) انظر: جامع الأمهات لابن الحاجب (ص: ٢٩٨)، مختصر خليل (ص: ١١٧).
(٣) انظر: الكافي لابن قدامة (٣/ ١٢٣)، المحرر لمجد الدين بن تيمية (٢/ ٥٨).
(٤) في الأصل (لأنها أضافها -أي الأجزاء-) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٥) انظر: المحيط البرهاني لبرهان الدين ابن مَازَة (٣/ ٢٢٥)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٢٧).
(٦) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ٢٤٦).
(٧) المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ١٣٩).

نِصف يَتَكَامَلُ فِي نَفسِهِ فَتَصِير ثَلَاثًا.

(وَلَو قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ مِن وَاحِدَة إِلَى ثِنتَينِ، أَو مَا بَينَ وَاحِدَة إِلَى ثِنتَينِ فَهِيَ وَاحِدَةٌ. وَلَو قَالَ: مِن وَاحِدَة إِلَى ثَلَاث، أَو مَا بَينَ وَاحِدَة إِلَى ثَلَاث فَهِيَ ثِنتَانِ. وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: فِي الأُولَى: هِيَ ثِنتَانِ، وَفِي الثَّانِيَةِ: ثَلَاثٌ)(*) وَقَالَ زُفَرُ: الأُولَى: لَا يَقَعُ شَيءٌ، وَفِي الثَّانِيَةِ: تَقَعُ وَاحِدَةٌ، وَهُوَ القِيَاسُ، لِأَنَّ الغَايَةَ لَا تَدخُلُ تَحتَ المَضرُوبِ لَهُ الغَايَةُ، كَمَا لَو قَالَ: بِعتُ مِنك مِن هَذَا الحَائِطِ إِلَى هَذَا الحَائِطِ.

الشافعي[(١)]؛ لأن الطلقة الواحدة إذا قسمت على أربع أصاب كلٌّ ربعها فتتكامل.

وكذا لو قال: بينكن تطليقتان أو ثلاث أو أربع؛ لأن بقسمة التطليقتين بين الأربع يصيب كل واحدة نصف تطليقة فتتكامل، ولا يقال ينبغي أن تقسم كل تطليقة بحيالها على الأربع فيلزم تطليقتان لكل فإنه جعل التطليقتين بين الأربع والجنس واحد لا يتفاوت فتقع التطليقتين على جملته.

ولو قال: بينكن خمسُ تطليقات أو ست أو سبع أو ثمانية؛ تقع تطليقتان، وبه قال: الشافعي[(٢)].

ولو قال: أشركتكن في تطليقتين أو في ثلاث أو أربع أو خمسٍ أو ست أو سبع أو ثمان؛ فإن هذا ولفظ بينكنّ سواء.

قوله: (تَحْتَ الْمَضْرُوبِ لَهُ)؛ أي: تحت المُغيًا؛ لأن الغاية إنما تذكر للفصل بينها وبين المضروب، فينبغي أن لا تدخل تحته ليحصل الفصل بينهما كما في الممسوحات. كذا في جامع البرهاني[(٣)].

ويقول زفر قال الشافعي في وجه وهو الأصح عند صاحب التهذيب، وفي وجه مثل قول أبي حنيفة، وقد نقل عن الشافعي مثل قولهما[(٤)].

فإن قيل: لو قال: أنتِ طالق من واحدة إلى واحدة؛ ينبغي أن لا يقع شيء

(*) **الراجح: قول أبي حنيفة.**

(١) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ٢٤٧).

(٢) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ٢٤٨).

(٣) المحيط البرهاني لبرهان الدين ابن مَازَةَ (٣/ ٣٤).

(٤) انظر: البيان للعمراني (١٠/ ١١٤)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (٨/ ٨٥).

وَجهُ قَولِهِمَا ـ وَهُوَ الِاستِحسَانُ ـ: أَنَّ مِثلَ هَذَا الكَلَامِ مَتَى ذُكِرَ فِي العُرفِ يُرَادُ بِهِ الكُلُّ، كَمَا تَقُولُ لِغَيرِك: خُذ مِن مَالِي مِن دِرهَم إِلَى مِائَة.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله: أَنَّ المُرَادَ بِهِ الأَكثَرُ مِنَ الأَقَلِّ، وَالأَقَلُّ مِنَ الأَكثَرِ، فَإِنَّهُم يَقُولُونَ سِنِّي مِن سِتِّينَ إِلَى سَبعِينَ وَمَا بَينَ سِتِّينَ إِلَى سَبعِينَ وَيُرِيدُونَ بِهِ مَا ذَكَرنَاهُ، وَإِرَادَةُ الكُلِّ فِيمَا طَرِيقُهُ طَرِيقُ الإِبَاحَةِ كَمَا ذُكِرَ، إذ الأَصلُ فِي الطَّلَاقِ هُوَ الحَظرُ،

على قياس قول زفر.

قلنا: هكذا ذكره بعض المتأخرين، والأصح أنه تقع واحدة؛ لأن آخر كلامه لغو باعتبار أنه جعل الشيء الواحد حدًّا ومحدودًا، وذلك لا يتصور فإذا لغى آخر كلامه بقي قوله: أنت طالق فيقع به. كذا في جامع السرخسي[(١)].

(من درهم إلى مئة)؛ كان له أخذ المئة.

وكذا لو قال: كل من المالح إلى الحلو؛ يراد به تعميم الإذن.

وكذا لو قال: اشتر لي هذا العبد من مائة إلى ألف؛ يكون له إذن بالشراء بالألف؛ إذْ مطلق الكلام يحمل على المتعارَف، ولأنه جعلهما غاية فلابدَّ من وجودهما ووجود الطلاق بالوقوع.

(ولأبي حنيفة رحمه الله أن المراد به)؛ أي: بمثل هذا الكلام بحسب العادة، وهو يحتج أيضًا بالعادة.

وقد حاج أبو حنيفة زفر، وقال له: كم سنُّكَ؟ فقال: سني ما بين ستين إلى سبعين، فقال له: أنت إذا ابن تسع سنين فتحيَّر زفر.

وقال فخر الإسلام: حاج الأصمعي زفر على باب الرشيد فقال له: ما قولك في رجل قيل له كم سِنُّكَ؟ فقال: ما بين ستين إلى سبعين، أيكون ابن تسع سنين؟ فتحيَّر زفر وقال: أستحسنُ في هذا كما ذكرا -أي أبو يوسف ومحمد- يعني جرت التوسعة في الإباحات دون غيرها[(٢)].

(إذ الأصل في الطلاق هو الحظر) كما ذكرنا، كيف وأنه منهي عنه هنا

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ١٣٦).

(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٥/ ٣١٨).

ثُمَّ الغَايَةُ الأُولَى لَا بُدَّ أَن تَكُونَ مَوجُودَة لِيَتَرَتَّبَ عَلَيهَا الثَّانِيَةُ، وَوُجُودُهَا بِوُقُوعِهَا، بِخِلَافِ البَيعِ، لِأَنَّ الغَايَةَ فِيهِ مَوجُودَةٌ قَبلَ البَيعِ. وَلَو نَوَى وَاحِدَة يُدَيَّنُ دِيَانَةَ لَا قَضَاء، لِأَنَّهُ مُحتَمَلُ كَلَامِهِ لَكِنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ.

(وَلَو قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ وَاحِدَة فِي ثِنتَينِ وَنَوَى الضَّربَ وَالحِسَابَ، أَو لَم تَكُن لَهُ

لاقتضائه إلى انسداد باب التدارك؟.

(ثم الغاية الأولى) وهي الواحدة.

(لا بدَّ أن تكون موجودة) يعني القياس ما قاله زفر: أن الغاية لا تدخل تحت المغيا إلا أنه لابدَّ من إدخال الأولى؛ لأنه أوقع الثانية، ولا ثانية قبل الأولى؛ فدعت الضرورة إلى وجودها، **(ووجودها بوقوعها)**.

أما إيقاع الثانية يصح بلا إيقاع الثالثة، فأخذنا فيه بالقياس.

(لأن الغاية فيه)؛ أي: في البيع؛ إذِ الحائط موجود قبل البيع.

فإن قيل: قولهم: ما بين هذا وهذا؛ يستدعي وجودهما.

قلنا: ذلك يستدعي وجود الأول واحتمال وجود الثاني.

أما قوله: سنّي ما بين الستين إلى السبعين؛ يقتضي وجود الستين ولا يقتضي وجود السبعين؛ بل كونه منتظرًا يكفيه.

فإن قيل: أليس أنه [لو][1] قال: أنتِ طالق تطليقة ثانية؛ لا يقع إلا واحدة، وكان ينبغي أن يقع الأول من ضرورة وقوع الثانية؟.

قلنا: قوله: ثانية وقعت لغوًا؛ لوقوع الطلاق بقوله: أنتِ طالق. كذا قيل[2]

(لأنه محتمل)؛ أي: وقوع الواحدة محتمل ذلك اللفظ؛ لما ذكرنا من وجه القياس.

(لكنه خلاف الظاهر) لما ذكرنا أن مثل هذا الكلام يُستعمل لإرادة الأقل من الأكثر إلى آخره.

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) انظر: العناية شرح الهداية (٤/ ٢١).

نِيَّةٌ فَهِيَ وَاحِدَةٌ) وَقَالَ زُفَرُ: تَقَعُ ثِنْتَانِ لِعُرفِ الحُسَّابِ(*)، وَهُوَ قَولُ الحَسَنِ بنِ زِيَاد. وَلَنَا: أَنَّ عَمَلَ الضَّربِ أَثَرُهُ فِي تَكثِيرِ الأَجزَاءِ لَا فِي زِيَادَةِ المَضرُوبِ، وَتَكثِيرُ أَجزَاءِ الطَّلقَةِ لَا يُوجِبُ تَعَدُّدَهَا (فَإِن نَوَى وَاحِدَة وَثِنتَينِ فَهِيَ ثَلَاثٌ) ....

(**وهو قول الحسن بن زياد**)[1]، ومالك[2]، والشافعي في وجه إذا لم يعرف الحساب وقصد موجبه عند الحُسّاب، وهو اختيار الصيرفي من أصحابه[3].

ولو كان [٤٢٤/ب] ممن يعرف الحساب وقصد موجبه عند الحساب يقع ثنتان وجهًا واحدًا[4]. وبه قال: أحمد[5].

وعندنا: تقع واحدة بكل حال. وبه قال: الشافعي في أظهر الوجهين[6].

وجه قول زفر: أن هذا شيء معروف عند أهل الحساب أن واحدًا في اثنتين يكون اثنتين؛ فيحمل كلامه عليه إذا نواه.

(**لا في زيادة المضروب**)؛ أي: فيما ليس له طول وعرض وعمق، أما في الممسوحات -يعني: فيما له طول وعرض- يكون لبيان تكثير المضروب؛ فإنه لو زاد بالضرب في نفسه لم يبق أحد في الدنيا فقيرًا؛ لأنه يضرب ما ملكه من درهم في مائة فيصير مائة، ويضرب المائة في ألف فتصير مائة ألف، فصار معنى قولنا: واحدة في ثنتين واحدة ذو جزءين.

وكذا معنى قولنا: واحدة في ثلاث: واحدة ذات أجزاء ثلاث.

والتطليقة الواحدة وإن كثرت أجزاؤها لا تصير أكثر من واحدة، كما لو قال: أنتِ طالق نصف تطليقة وسدسها وثلثها؛ لم تقع إلا واحدة، فهذا مثله.

(*) **الراجح**: قول زفر.

(١) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٢٢)، لسان الحكام للسان الدين ابن الشِّحْنَة (صـ٣٢٥).

(٢) انظر: مختصر خليل (ص: ١١٧)، وشرح مختصر خليل للخرشي (٤/ ٥١).

(٣) انظر: المهذب للشيرازي (٣/ ١٥)، البسيط للغزالي (صـ٨٧٧).

(٤) انظر: البسيط للغزالي (صـ٨٧٦)، وفتح العزيز للرافعي (١٤/ ٧١٩).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥١٠)، الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة (٨/ ٣٣٠).

(٦) انظر: المهذب للشيرازي (٣/ ١٥)، وفتح العزيز للرافعي (١٤/ ٧١٩).

لِأَنَّهُ يَحتَمِلُهُ فَإِنَّ حَرفَ الوَاوِ لِلجَمعِ وَالظَّرفَ يَجمَعُ المَظرُوفَ، وَلَو كَانَت غَيرَ مَدخُولٍ بِهَا تَقَعُ وَاحِدَة كَمَا فِي قَولِهِ وَاحِدَة وَثِنتَينِ، وَإِن نَوَى وَاحِدَةً مَعَ ثِنتَينِ تَقَعُ الثَّلَاثُ، لِأَنَّ كَلِمَةَ «فِي» تَأتِي بِمَعنَى «مَعَ» كَمَا فِي قَوله تَعالَى: ﴿فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي ۝٢٩﴾ [الفجر: ٢٩] أَي مَعَ عِبَادِي، (وَلَو نَوَى الظَّرفَ تَقَعُ وَاحِدَةٌ)، لِأَنَّ الطَّلَاقَ لَا يَصلُحُ ظَرفًا فَيَلغُو ذِكرُ الثَّانِي (وَلَو قَالَ: اثنَتَينِ فِي اثنَتَينِ وَنَوَى الضَّربَ وَالحِسَابَ فَهِيَ ثِنتَانِ) ....

(**لأنه**)؛ أي: التلفظ يحتمل الثلاث؛ فتقع الثلاث إذا كانت موطوءة، كما لو قال: أنتِ طالق واحدة وثنتين.

في غير الموطوءة (**تقع واحدة كما في قوله: واحدة وثنتين**).

(**والظرف يجمعُ المظروف**) فكان بينهما اتصال فيُصدَّق؛ لأنه شدد على نفسه.

(**تقع الثلاث**) سواء دخل بها أو لا، وبه قال الشافعي[1].

(**قوله تعالى: ﴿فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي ۝٢٩﴾**) قال بعض أهل التأويل: أي مع عبادي الصالحين الجنة[2]. وقال صاحب الكشاف: لا تكون (في) بمعنى (مع) هاهنا؛ إذْ لو كان كذلك لما قيل: ﴿وَٱدۡخُلِي جَنَّتِي﴾، وقال: على حقيقته؛ أي: ادخلي في جملة عبادي[3]. وفي المبسوط: ويقال دخل الأمير البلدة في جنده؛ أي: مع جنده[4].

لما بين الظرف والمظروف من المعية؛ لأن الطلاق لا يصلح ظرفًا للطلاق؛ إذِ الشيء الواحد لا يصلح ظرفًا لنفسه.

ولأنه عرض[5] لا يقوم بنفسه فكيف يقوم غيره به؟.

(**فهي ثنتان**)، وبه قال: الشافعي في الأظهر[6].

---

(١) انظر: البسيط للغزالي (ص ٨٧٦)، وفتح العزيز للرافعي (١٤/٧١٩).
(٢) انظر: تفسير ابن أبي حاتم (١٠/ ٣٤٣١)، تفسير الماوردي (٦/ ٢٧٢).
(٣) تفسير الكشاف للزمخشري (٤/ ٧٥٢).
(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٣٧).
(٥) في الأصل: (ولا عرض) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٦) انظر: تتمة الإبانة للمتولي (٢٨٢).

وَعِندَ زُفَرَ: ثَلَاثٌ، لِأَنَّ قَضِيَّتَهُ أَن تَكُونَ أَربَعًا، لَكِن لَا مَزِيدَ لِلطَّلَاقِ عَلَى الثَّلَاثِ.

وَعِندَنَا: الِاعتِبَارُ المَذكُورُ الأَوَّلُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ (وَلَو قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ مِن هُنَا إِلَى الشَّامِ، فَهِيَ وَاحِدَةٌ ويَملكُ الرَّجعَةَ) وَقَالَ زُفَرُ: هِيَ بَائِنَةٌ، لِأَنَّهُ وَصَفَ الطَّلَاقَ بِالطُّولِ. ....

(وعند زفر ثلاث)، وبه قال الحسن، ومالك[١]، والشافعي في وجه[٢]، وأحمد[٣].

وكذا إذا لم ينوِ شيئًا على ما بيناه، وهو أن: عمل الضرب في تكثير الأجزاء؛ فيكون **(الاعتبار للمذكور أولا)**.

وعلى هذا الخلاف مسائل الإقرار، بأن قال: على عشرة في عشرة، أو درهم في دينار أو كرّ حنطة في كرّ شعير؛ لم يكن عليه إلا المذكور أولًا عندنا، إلا أن ينوي الواو أو حرف مع؛ فيلزمه جميع ذلك، ويحلفه القاضي بأنه ما أراد[٤] الجميع إذا ادعى الخصم الجميع. كذا في المبسوط[٥].

(لأنه وصف الطلاق بالطول) والطول يستعمل في القوة؛ يقال: لفلان طول وعرض، وقوة الشيء إنما تظهر بامتناعه عن قبول الانطلاق، وهذا في البائن دون الرجعي.

فإن قيل: يشكل على قول زفر ما لو قال: أنت طالق تطليقة طويلة؛ حيث يقع عنده الرجعي. ذكره في المنظومة؛ فكيف تقع البائن هاهنا وأنه كناية عنه؟

قلنا: لما وصفه بالطول صريحًا فقد وصفه بما لا يوصف به حقيقة؛ إذِ الطلاق لا يوصف بالعرض والطول؛ فيلغو وصفه فبقي وصف الطلاق صريحًا؛ فيقع رجعيًّا.

أما هاهنا لما قال: **(من هنا إلى الشام)** فقد أثبت الطول بطريق الكناية،

---

(١) انظر: مختصر خليل (ص: ١١٧)، والتاج والإكليل للعبدري (٥/ ٣٤٠).
(٢) انظر: البيان للعمراني (١٠/ ١١٤)، تكملة المجموع للمطيعي (١٧/ ١٣٠).
(٣) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٣/ ٩٥).
(٤) في الأصل: (أردت) وما أثبتناه من النسخة الثانية والثالثة.
(٥) المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ١٣٧).

قُلْنَا: لَا بَل وَصَفَهُ بِالقِصَرِ، لِأَنَّهُ مَتَى وَقَعَ وَقَعَ فِي الأَمَاكِنِ كُلِّهَا.

وثبوت الشيء كناية أقوى من ثبوته صريحًا؛ ألم ترى أن قولك: (كثير الرماد) أبلغ في إثبات الجود من قولك: فلان جواد؛ لأن كثرة الرماد أثر الجود وعلامته فكان دليلًا عليه بخلاف قولنا جواد، فإنه مجرد وصف له بذلك لا غير، أو يحتمل أن يوقعه.

تحليل المسألة بأن يقول: قوله من هاهنا إلى الشام وصف بالطول بطريق الكناية، وفي الوصف بالطول صريحًا تثبت البينونة عندكم؛ فكذا في وصفه بالطول بطريق الكناية عندي.

كما علل زفر مسألة سقوط النية في رمضان بالقياس على صاحب النصاب إذا وهبه للفقير بلا نية مع أن الزكاة بلا نية لا تسقط عنده.

وفي الكافي: جاز أن يكون له روايتان في هذه المسألة[١].

فقد [ذكر][٢] المشايخ -رحمهم الله- في دليله: لأنه وصف الطلاق بالطول، فصار كأنه قال: أنتِ طالق طويلة، ولو قال كذلك كان بائنًا كذا هاهنا.

ولأن قوله: من هنا إلى الشام؛ يُفيد الطول والعرض، وجاز أن لا تحصل البينونة عنده بمجرد وصف الطول، ويحصل بوصف الطول والعرض؛ لأنه يفيد العِظَم فصار كأنه قال: أنت طالق كالجبل؛ وثَمَّ عنده يقع البائن؛ لأن المشبه به عظيم فكذا هاهنا، بخلاف نفس الطول؛ لأنه فيه عِظَم فكان [٤٢٥/أ] كنفس التشبيه إذا لم يكن المشَبَّهُ به عظيمًا.

و(**قلنا: لا بل وصفه بالقصر**)، ونفس الطلاق لا يحتمل القصر؛ لأنه ليس بجسم فكان قصر حكمه، وقصر حكمه بكونه رجعيًّا، وطوله بكونه بائنًا.

ولأنه لم يصفها بعِظَم ولا كبر، وإنما مدها إلى مكان، وهو لا يحتمل ذلك أصلًا؛ فلم يثبت بهذا اللفظ زيادة شدة فلا تثبت البينونة.

وذكر التمرتاشي: مع أنه إنما مد المرأة لا الطلاق[٣].

---

(١) البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٣٢٠)، تبيين الحقائق لفخر الدين الزيلعي (٢/ ٢٠٣).
(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٢٤)، البحر الرائق لابن نجيم (٣/ ٢٨٥).

(وَلَو قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ بِمَكَّةَ، أَو فِي مَكَّةَ فَهِيَ طَالِقٌ فِي الحَالِ فِي كُلِّ البِلَادِ، وَكَذَلِكَ لَو قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ فِي الدَّارِ) لِأَنَّ الطَّلَاقَ لَا يَتَخَصَّصُ بِمَكَان دُونَ مَكَان، وَإِن عَنَى بِهِ إِذَا أَتَيتِ مَكَّةَ يُصَدَّقُ دِيَانَة لَا قَضَاء، لِأَنَّهُ نَوَى الإِضمَارَ وَهُوَ خِلَافُ الظَّاهِرِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ وَأَنتِ مَرِيضَةٌ، وَإِن نَوَى إِن مَرِضت لَم يُدَيَّن فِي القَضَاءِ (وَلَو قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ إِذَا دَخَلتِ مَكَّةَ، لَم تَطلُق حَتَّى تَدخُلَ مَكَّةَ) لِأَنَّهُ عَلَّقَهُ بِالدُّخُولِ.

(لأن الطلاق لا يتخصص بمكان)؛ أي: بإجماع العلماء، ويختص بالزمان، ففي قوله: "أنت طالق غدًا" لا تطلق في الحال، وفي قوله: "أنت طالق في مكة" تطلق في الحال.

قال العلامة شمس الأئمة الكردري: قوله: "طالق" فيه معنى الفعل، وبين الفعل والزمان مناسبة من حيث أنه لا بقاء لهما فكما يوجدان يذهبان وللمكان بقاء ولا يتجدد كل ساعة، أما الزمان يتجدد ويحدث كل ساعة كالفعل، فكان اختصاص الطلاق بالزمان أكثر فيتعلق بالزمان دون المكان[١].

ولأن الطلاق وصف حكمي فيعتبر بالوصف الحقيقي، وذا لا يختص بمكان دون مكان فكذا هذا.

(وهو)؛ أي: الإضمار.

(خلاف الظاهر) فلا يصدقه القاضي؛ لما فيه نوع تخفيف على نفسه.

بخلاف قوله: **(إذا دخلتِ مكة)**؛ لأنه صريح بالتعليق، فتعلق بالدخول.

وفي المبسوط: وكذا لو قال: أنت في ثوب كذا وعليها غيره، طلقت في الحال؛ لأن وصفها بالطلاق لا يختص بثوب دون ثوب، إلا إذا قال: عنيت به إذا لبستيه، يُصدَّق ديانةً لا قضاءً[٢].

وكذا لو قال: أنت طالق في ظل الشمس؛ تطلق في الحال لمقارنة[٣] بين الظرف والشرط؛ إذِ الظرف يقتضي المظروف والشرط يقتضي المشروط، فكان

---

(١) انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٣/ ٢٨٦).

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١١٦).

(٣) في الأصل: (أمارته) وما أثبتناه من النسخة الثانية.

وَلَو قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ فِي دُخُولِ الدَّارِ، يَتَعَلَّقُ بِالفِعلِ لِمُقَارَبَة بَينَ الشَّرطِ وَالظَّرفِ فَحُمِلَ عَلَيهِ عِندَ تَعَذُّرِ الظَّرفِيَّةِ.

فَصلٌ فِي إِضَافَةِ الطَّلَاقِ إِلَى الزَّمَانِ

(وَلَو قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ غَدًا، وَقَعَ عَلَيهَا الطَّلَاقُ بِطُلُوعِ الفَجرِ) لِأَنَّهُ وَصَفَهَا

اتصال الظرف بالمظروف كاتصال الشرط بالمشروط فيحمل عليه عند تعذر الظرفية؛ لأن الفعل لا يصلح ظرفًا لأنه عرض لا يقوم بنفسه كما بيّنّا فلا يصلح المدخول ظرفًا للطلاق.

وفي المبسوط: وكذا الحكم في ذهابكِ إلى مكان كذا، أو في لمسكِ ثوبَ كذا؛ لم تطلق حتى تفعل ذلك لتعذر الظرفية، فيتعلق.

بخلاف قوله: أنت طالق في الدار، وقال: عنيتُ مع الدار، تطلق في الحال؛ لأنه قرن الطلاق بما هو موجود.

ولو قال: أنت طالق فيها بدخولكِ الدار، طلقت للحال؛ لأنه جعل الطلاق ظرفًا للدخول، والطلاق لا يصلح ظرفًا للدخول ولا شرطًا للدخول؛ فلغا كلمة في؛ لتعذر الحمل على الظرفية والشرطية، فبقي قوله: أنت طالق، فيقع للحال[(١)].

فصل في إضافة الطلاق إلى الزمان

قوله: (وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر)؛ أي: لا يقع في الحال، وبه قال: الشافعي[(٢)]، وأحمد[(٣)]، وهو قول ابن عباس، وأبي ذر، وعطاء، وجابر بن زيد، وإبراهيم، والنخعي، والثوري، وابن المسيب[(٤)].

وقال مالك: يقع في الحال إذا كان الوقت يأتي لا محالة مثل أن يقول: إذا طلعت الشمس أو دخل رمضان، ونحو ذلك[(٥)].

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ١١٦).
(٢) انظر: الأم للشافعي (٥/ ١٩٦).
(٣) انظر: الهداية للكلوذاني (ص: ٤٢٨).
(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٢٣).
(٥) انظر: الكافي لابن عبدالبر (٢/ ٥٧٧).

بِالطَّلَاقِ فِي جَمِيعِ الغَدِ، وَذَلِكَ بِوُقُوعِهِ فِي أَوَّلِ جُزءٍ مِنهُ. وَلَو نَوَى بِهِ آخِرَ النَّهَارِ صُدِّقَ دِيَانَةً لَا قَضَاءً، لِأَنَّهُ نَوَى التَّخصِيصَ فِي العُمُومِ، وَهُوَ يَحتَمِلُهُ لَكِنَّهُ مُخَالِفٌ لِلظَّاهِرِ (وَلَو قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ اليَومَ غَدًا أَو غَدًا اليَومَ، فَإِنَّهُ يُؤخَذُ بِأَوَّلِ الوَقتَينِ الَّذِي تَفَوَّهَ بِهِ) فَيَقَعُ فِي الأَوَّلِ فِي اليَومِ وَفِي الثَّانِي فِي الغَدِ، لِأَنَّهُ لَمَّا قَالَ: اليَومَ كَانَ تَنجِيزًا، وَالمُنَجَّزُ لَا يَحتَمِلُ الإِضَافَةَ، وَإِذَا قَالَ: غَدًا، كَانَ إِضَافَةً وَالمُضَافُ لَا يُنَجَّزُ لِمَا فِيهِ مِن إِبطَالِ الإِضَافَةِ فَلَغَا اللَّفظُ الثَّانِي فِي الفَصلَينِ.

وهو باطل بالتدبير؛ فإن الموتَ يأتي زمانه لا محالة ولا يتنجز.

قوله: (وهو)؛ أي: العموم يحتمل الخصوص؛ فتصح نيته ديانة، كما لو قال: لا آكل طعامًا، ونوى طعامًا دون طعام.

(لكنه مخالف للظاهر)؛ لما أنه وصفه بالطلاق في جميع الغد، وذلك بوقوعه في أوله، وفيه تخفيف عليه فلا يُصدِّقه القاضي.

قوله: (وَالمُنَجَّزُ لَا يَحْتَمِلُ الإِضَافَةَ)؛ فكان قوله (غدًا) لغوًا.

وبقولنا: قال الشافعي، وحكي عنه في قوله: أنت طالق غدًا اليوم، وجهان:

أصحهما: أنه لا يقع في الحال شيء، ويقع واحدة كقولنا.

والثاني: أن الحكم فيه كما لو قال: أنت طالق اليوم غدا[1].

فإن قيل: الْمُنَجَّزُ إنما لا يحتمل الإضافة إذا لم يكن في آخر كلامه ما يغير أوله؛ ألا ترى إلى قوله: أنت طالق اليوم إذا جاء غد، يقع الطلاق لطلوع الفجر؟ وبه قال: الشافعي في وجه، وقال في وجه: لا يقع شيء[2]؛ فينبغي أن يكون هاهنا كذلك؛ لأنه لا يلغَى ذكر الإضافة كما لا يلغَى عند ذكر حرف التعليق.

قلنا: ذكر الشرط يخرج كلامه من أن يكون تنجيزا، وتَبيَّن بذكر الشرط أن قوله: اليوم؛ لبيان وقت التعليق لا لبيان وقت الوقوع.

---

(١) انظر: أسنى المطالب للشيخ زكريا الأنصاري (٣/ ٣٠٥)، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٨/ ٩٣).

(٢) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ٢٩٢)، والتنبيه للشيرازي (ص: ١٧٩).

(وَلَو قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ فِي غَدٍ، وَقَالَ: نَوَيت آخِرَ النَّهَارِ دُيِّنَ فِي القَضَاءِ عِندَ

أما ما نحن فيه ليس ذكر الشرط؛ فيبقى قوله: اليوم؛ بيانًا لوقت الوقوع، كذا في المبسوط[١]، وفيه نوع تأمل.

وفي الذخيرة في جواب هذا السؤال: أن قوله: أنتِ طالقٌ اليوم؛ إيقاعٌ في الحال[٢].

وقوله: (في غد) [٤٢٥/ب] للتعليق؛ فلا بدَّ من اعتبار أحدهما، واعتبار التعليق أولى؛ لأن في اعتباره إلغاء كلمة واحدة وهي اليوم، وفي اعتبار اليوم إلغاء كلمات وهي قوله: إذا جاء غد.

أما فيما نحن فيه في ذكر اليوم إيقاع في الحال حقيقة، فلو وقع أخرى غدا إنما يقع كيلا يلغو ذكر الغد، ولا يلغو إذا لم يقع منه أخرى؛ لأنه جعل الغد ظرفًا لكونها طالقًا في الغد، والواقعة في اليوم تبقى في الغد، فيكون ظرفًا لكونها طالقًا فلا يلغو.

فإن قيل: كونها طالقًا في الغد يثبت بدون ذكر الغد، فينبغي أن يكون لذكره فائدة أخرى، فتطلّق ثنتين إحداهما في اليوم والأخرى في الغد تصحيحًا لكلامه؛ لأنه ليس في وسعه أن يجعل طلاقه الواقع في اليوم الواقع غدًا، ولكن في وسعه أن يطلق أخرى في الغد.

قلنا: ذكر الغد بغير حرف العطف؛ فلا يكون مشاركًا للمعطوف عليه في الحكم.

ولأن إيقاع الطلقتين في حالة واحدة مكروه؛ فلا يسعى في إيجادها.

وفي جامع شمس الأئمة: إنما جعلنا كلامه الذي وصفنا إنشاء للحاجة إلى الإيقاع ولا حاجة هاهنا؛ لأنها بالتطليقة الواحدة تكون طالقًا في الوقتين جميعًا فلا يجعله إنشاء أخرى.

وفي **قوله: (أنتِ طالق في غدٍ)**؛ لا يجعل كلامه إيقاعًا بتطليقة أخرى

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١١٦).
(٢) انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٣/ ٢٨٨).

أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يُدَيَّنُ فِي القَضَاءِ خَاصَّة(*) لِأَنَّهُ وَصَفَهَا بِالطَّلَاقِ فِي جَمِيعِ الغَدِ، ....

أيضًا؛ لأنه وصفها بكونها طالقًا بتطليقة واحدة، فلا يمكن إيقاع تطليقتين؛ إذْ لو جعلناها اليوم طالقا؛ لم تكن طالقا بالطلاق الذي صرح ووصفها به، فكذا جعلنا آخر الوقتين لغوًا في الوجهين.

فإن قيل: لم لا ينسخ الثاني الأول في الصورتين؟

قلنا: لما عرف أن النسخ إنما يكون لكلام مستند لنفسه متراخ، واللفظ الثاني في الصورتين ليس بمستند في نفسه ولا بمتراخ، ولأن النسخ لا يكون إلا بعد الثبوت، والطلاق بعد ثبوته لا يحتمل النسخ. كذا نقل عن العلامة حميد الدين رحمه الله[١].

وفي المبسوط: ولو قال: أنت طالق اليوم وغدًا تطلق اليوم واحدة ولا تطلق أخرى غدًا؛ لأن العطف للاشتراك، فقد وصفها بالطلاق في الوقتين، وهي بالتطليقة الواحدة تتصف بالطلاق في الوقتين جميعًا[٢]، وبه قال: أكثر أصحاب الشافعي.

وقال بعضهم: يقع اليوم طلقة وغدًا طلقة[٣].

ولو قال: غدًا واليوم؛ تطلق واحدة اليوم عندنا وأخرى غدًا؛ لأنه عطف الجملة الناقصة على الكاملة، فالخبر المذكور في الكاملة يكون معادًا في الناقصة؛ لأن العطف للاشتراك في الخبر فكأنه قال: أنتِ طالقٌ اليوم.

وعن زفر: أنها لا تطلُقُ إلا واحدة؛ لأن صيغة الكلام وصف، وهي بالتطليقة الواحدة تتصف بأنها طالق في الوقتين جميعًا.

وجوابه ما ذكرناه وهو قوله: أنت طالق اليوم غدَا وغدَا اليوم؛ لأنه لما وصفها بأنها طالق بتطليقة واحدة في الوقتين، ولا يمكن إيقاع تطليقة أخرى؛

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ١٥٥).

(٢) المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ١١٥).

(٣) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ١٩٥)، روضة الطالبين للنووي (٨/ ١٢٢).

فَصَارَ بِمَنزِلَةِ قَولِهِ غَدًا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَلِهَذَا يَقَعُ فِي أَوَّلِ جُزءٍ مِنهُ عِندَ عَدَمِ النِّيَّةِ، وَهَذَا لِأَنَّ حَذفَ «فِي» وَإِثبَاتَهُ سَوَاءٌ، لِأَنَّهُ ظَرفٌ فِي الحَالَينِ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلَامِهِ، لِأَنَّ كَلِمَةَ «فِي» لِلظَّرفِ وَالظَّرفِيَّةُ لَا تَقتَضِي الِاستِيعَابَ، ....

لأنه ذكر الوقتين بغير حرف العطف كما بينّا على ما ذكرناه وهو أنه تخصيص العموم وهو خلاف الظاهر؛ فلا يصدَّق قضاء، ويصدق ديانة.

ولا يتغير حكمه بذكر (في)؛ لأنه مقدر في قوله: غدًا، وانتصابه لكونه مفعولًا فيه، وهذا معنى قوله.

(وهذا لأن حذف في وإثباته سواء) إلى آخره.

(ولأبي حنيفة: أنَّه نوى حقيقة كلامه) وفيه جواب عن قولهما، **(غدا على ما بيناه)**؛ يعني في خلاف الظاهر، إنما لم يصدق؛ إذا لم ينو حقيقة كلامه.

أما إذا نوى حقيقة كلامه؛ يُصدَّق لأنه لمّا قال: في الغد؛ جعل الغد ظرفًا صريحًا.

(والظرفية لا تقتضي) استيعاب المظروف؛ فكأن كلامه كقولك: زيد في الدار؛ يقتضي وجوده في جزء من أجزاء الظرف، وقد يشغل جميع المظروف؛ فكان كلامه محتملًا للوجهين فيه.

(آخر النهار)[1] تعيينًا لمحل الكلام المبهم لا تعبيرًا؛ فيصدق قضاء أيضًا.

(بخلاف قوله: غدًا) بغير ذكر (في)؛ لأنه وصفها بهذه الصفة في جميع الغد، فكان حقيقة الكلام الوصف لها بهذه الصفة في جميع الغد، وذلك بوقوعه في أول جزءٍ منه.

فإذا نوى آخر النهار لا يصدق قضاء؛ لأنه خلاف ظاهر كلامه.

والفقه فيه: أن "غدًا" بغير "في" ظرف ضروري لثبوته لا بلفظه، وقوله: "في غد" ثبتت ظرفيته بلفظ يدل عليها، وما يثبتُ باللفظ يحتمل النية؛ لأنها لتعيين بعض محتملات اللفظ، وما يثبت بلا لفظ ضرورة [٤٢٦/أ] لا يحتمل النية.

---

(١) انظر المتن ص (٨٩).

وَتَعَيَّنَ الجُزءُ الأَوَّلُ ضَرورَةَ عَدَمِ المُزَاحِمِ، فَإِذَا عَيَّنَ آخِرَ النَّهَارِ كَانَ التَّعيِينُ القَصدِيُّ أَولَى بِالاِعتِبَارِ مِن الضَّرُورِيِّ، بِخِلَافِ قَولِهِ: غَدًا لِأَنَّهُ يَقتَضِي الاِستِيعَابَ حَيثُ وَصَفَهَا بِهَذِهِ الصِّفَةِ مُضَافًا إِلَى جَمِيعِ الغَدِ. نَظِيرُهُ إِذَا قَالَ: وَاَللَّهِ لَأَصُومَنَّ عُمرِي، وَنَظِيرُ الأَوَّلِ: وَاَللَّهِ لَأَصُومَنَّ فِي عُمرِي، وَعَلَى هَذَينِ الدَّهرَ وَفِي الدَّهرِ.

(وَلَو قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ أَمسِ، وَقَد تَزَوَّجَهَا اليَومَ لَم يَقَع شَيءٌ) لِأَنَّهُ أَسنَدَهُ إِلَى حَالَةٍ مَعهُودَة مُنَافِيَة لِمَالِكِيَّةِ الطَّلَاقِ فَيَلغُو، كَمَا إِذَا قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ قَبلَ أَن أُخلَقَ، وَلِأَنَّهُ يُمكِنُ تَصحِيحُهُ إِخبَارًا عَن عَدَمِ النِّكَاحِ أَو عَن كَونِهَا مُطَلَّقَة بِتَطلِيقِ غَيرِهِ مِن

تأمل في قوله: لا أشرب شرابًا ونوى شرابا دون شراب؛ لا يصح، وفي قوله: لا أشرب شرابًا؛ يصح ليتضح لك الفرق. كذا في شروح الجامع والفوائد الظهيرية.

وقوله: **(وَتَعَيَّنَ الجُزْءُ الأَوَّلُ)**؛ جواب عن قولهما.

ولهذا يقع في أول جزء منه يعني يعينه باعتبار السبق.

و**(عدم المزاحم)**؛ أي: المعارض إلى آخره.

(لأصومن عمري) يتناول ساعة من عمره؛ حتى لو صام ساعة برَّ في يمينه.

قوله: (إلى حالة معهودة)؛ أي: معلومة.

(منافية لمالكية الطلاق)؛ لأنها لم تكن في ملكه في ذلك الوقت.

(فيلغو، كما إذا قال: أنت طالق قبل أن أخلق) أو قبل أن تخلقي، ولا خلاف فيه للفقهاء؛ وذلك لأنه وصفها بالطلاق في وقت: لم تكن هي في ملكه، أولا يصح منه الطلاق؛ فكان ذلك منه إنكارًا للطلاق، لا إقرارًا به.

وفي فروق الكرابيسي: لو قال لعبده: أنت حر أمس وقد اشتراه اليوم؛ عتق؛ لأنه يصير إقرارًا بحريته؛ فيحرم استرقاقه عليه(١).

(ولأنه يمكن تصحيحه)؛ أي: تصحيح هذا الكلام.

(إخبارًا عن عدم النكاح وعن كونها مطلّقة بتطليق غيره) وهذا الكلام في وضعه إخبارًا وإنما يحتمل إنشاء في موضع تعذر جعله إخبارًا.

---

(١) انظر: تبيين الحقائق لفخر الدين الزيلعي (٢/ ٢٠٥).

الأَزوَاجِ (وَلَو تَزَوَّجَهَا أَوَّلَ مِن أَمسِ وَقَعَ السَّاعَةَ) لِأَنَّهُ مَا أَسنَدَهُ إِلَى حَالَةٍ مُنَافِيَةٍ وَلَا يُمكِنُ تَصحِيحُهُ إِخبَارًا أَيضًا فَكَانَ إِنشَاءً، وَالإِنشَاءُ فِي المَاضِي إِنشَاءٌ فِي الحَالِ

فإذا أمكن جعله إخبارًا لا يجعل إنشاء؛ لأن العمل بحقيقة كل كلام واجبٌ ما أمكن.

فإن قيل: هذا منقوض بما لو قال لامرأته الموطوءة: أنت طالق ثلاث مرات؛ تقع الثلاث، وإن أمكن جعل الثاني والثالث إخبارًا.

قلنا: إن القيد كما يزول عنها يعودُ إليها لوجود العدة، وهذا عند البعض.

والمتأخرون من مشايخنا يقولون: يتوقف زوال القيد على انقضاء العدة، كما لو قال لها: أنت طالق، ثم قال: كل امرأة لي طالق؛ يقع عليها طلاق آخر، وهذا شاهد لهم بقيام النكاح، فحينئذٍ تعذر جعل الثاني والثالث إخبارًا؛ لأن بالطلاق الأول ما زال قيد النكاح؛ ولأجل المحلية. كذا في الفوائد الظهيرية[1]. وفيه نوع تأمل.

وفي المبسوط: لو قال: عنيت بالثاني الإخبار؛ صُدِّق ديانة لا قضاء؛ لأن كل واحد من الكلامين إيقاع من حيث الظاهر لبقاء محله، والقاضي مأمور باتباع الظاهر ولكن محتمل للإخبار والتكرار فيُصدَّق ديانة؛ لأنه تعالى مطلع على ضميره[2].

(ولو تزوجها أول من أمس) ثم قال: أنت طالق أمس؛ طلقت حين قال ذلك؛ لأنه ما أسنده إلى حالة منافية؛ لأنها في الأمس ملكه.

ولا يمكن تصحيحه إخبارًا أيضًا في حق نفسه وكذا في حق غيره؛ لأن الإخبار حقيقة مهجورة فلا يعتبر في مقابلة الإنشاء؛ لأن الإنشاء صار حقيقة عرفًا وشرعًا.

(والإنشاء في الماضي إنشاء في الحال)؛ لأنه يملك الإيقاع في الحال ولا

---

(١) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٢٩).
(٢) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٩٩).

فَيَقَعُ السَّاعَةَ (وَلَو قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ قَبْلَ أَن أَتَزَوَّجَك لَم يَقَع شَيْءٌ) لِأَنَّهُ أَسنَدَهُ إِلَى حَالَةٍ مُنَافِيَة، فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: طَلَّقتُكِ وَأَنَا صَبِيٌّ أَو نَائِمٌ، أَو يُصَحَّحُ إِخبَارًا عَلَى مَا ذَكَرنَا.

(وَلَو قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ مَا لَم أُطَلِّقكِ، أَو مَتَى لَم أُطَلِّقكِ، أَو مَتَى مَا لَم أُطَلِّقكِ وَسَكَتَ، طَلُقَتْ) لِأَنَّهُ أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى زَمَان خَالٍ عَن التَّطلِيقِ وَقَد وُجِدَ حَيثُ سَكَتَ، وَهَذَا لِأَنَّ كَلِمَةَ «مَتَى» «وَمَتَى مَا» صَرِيحٌ فِي الوَقتِ لِأَنَّهُمَا مِن ظُرُوفِ الزَّمَانِ، وَكَذَا كَلِمَةُ «مَا» للوقت، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿مَا دُمْتُ حَيًّا﴾ [مريم: ٣١] أَي وَقتَ الحَيَاةِ.

(وَلَو قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ إِن لَم أُطَلِّقكِ لَم تَطلُق حَتَّى يَمُوتَ) لِأَنَّ العَدَمَ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِاليَأسِ عَن الحَيَاةِ وَهُوَ الشَّرطُ كَمَا فِي قَولِهِ: إِن لَم آتِ البَصرَةَ، وَمَوتُهَا بِمَنزِلَةِ مَوتِهِ هُوَ الصَّحِيحُ.

يملك الإسناد؛ فلهذا انطلق في الحال.

(**أو نائمٌ**) أو قال: أنا مجنون، وجنونه كان معروفًا حتى لو لم يكن جنونه معروفًا؛ طلقت لأنه أقر بطلاقها وأسنده إلى حالة غير معهودة فلا يُعتبر قوله في الإضافة على ما ذكرناه؛ وهو: الإخبار عن عدم النكاح، أو الإخبار عن كونها مطلّقة.

قوله: (**وَسَكَتَ طَلُقَتْ**)؛ أي باتفاق الفقهاء.

وفي مسألةٍ: (**إن لم أطلقكِ فأنتِ طالق؛ لم تطلق حتى يموت**)، وذلك أيضًا باتفاق الفقهاء.

وكذلك كلمة "ما" فإنها تستعمل للوقت لا محالة؛ فترجحت جهة الوقت.

(**لأن العدم**)؛ أي: عدم إيقاع الطلاق عليها شرط وقوع الطلاق.

ولا يثبت العدم (**إلا باليأس عن الحياة**)؛ كما لو قال: إن لم تدخلي الدار فأنتِ طالق، أو (**إن لم آت البصرة**) فأنتِ طالق؛ فإذا انتهى إلى الموت فقد وجد اليأس؛ فوُجِدَ الشرط، والمحلُّ قابل، والملك باقٍ؛ فوقع قبل موته بقليل،

....

وليس لذلك القليل حدٌّ معروف باتفاق الفقهاء.

ثم إن كان دخل بها فلها الميراث بحكم القرار عندنا، خلافًا للشافعي، وإن لم يدخل بها فلا ميراث لها(١).

وموت المرأة بمنزلة موت الرجل في ظاهر الرواية، وبه قال الشافعي رضي الله عنه(٢).

وفي النوادر: يقول: لا يقع بموتها؛ لأنه قادر على أن يطلقها ما لم تمت، وإنما [عجز بموتها؛ فلو وقع الطلاق لوقع بعد موتها؛ وذا لا يجوز(٣).

وفي الكتاب إشارة](٤) إليه؛ حيث قال: (**حتى تموت**)(٥) ولم يقل حتى يموت أحدهما.

وقول الشيخ (**هو الصحيح**)(٦) احتراز عن هذه الرواية.

وجه الظاهر: أن انقطاع الطلاق كما يفوت بموت الزوج يفوت بموتها؛ لأنها إذا أشرفت على الموت وبقي جُزء من أجزاء [٤٢٦/ب] حياته؛ فقد بقي من حياتها ما لم يَسَع التكلم بالطلاق، وذلك القدر من الزمان صالح لوقوع المعلَّق؛ لأنه يُسْتَغْنَ عن زمان التكلم، فوجد الشرط، والملك قائم، والمحل باق؛ فيقع.

وفائدة وقوع الطلاق عليها بعد موتها: أن لا يرث الزوج عنها؛ لأنها بانت قبل الموت، فلا تبقى بينهما زوجية عند الموت، وشرط التوريث هذا وقد عُدم.

(١) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ٢١١).
(٢) انظر: نهاية المطلب للجويني (١٤/ ١٢٥).
(٣) انظر: تبيين الحقائق لفخر الدين الزيلعي (٢/ ٢٠٦).
(٤) ما أثبتناه زيادة من النسخة الثانية.
(٥) (٦) انظر المتن ص (٩١).

(وَلَو قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ إذَا لَم أُطَلِّقكِ، أَو إذَا مَا لَم أُطَلِّقكِ. لَم تَطلق حَتَّى يَمُوتَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: تَطلُقُ حِينَ سَكَتَ)(*) لِأَنَّ كَلِمَةَ «إذَا» لِلوَقتِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿إِذَا ٱلشَّمۡسُ كُوِّرَتۡ ۝١﴾ [التكوير: ١] وَقَالَ قَائِلُهُم:

وَإِذَا تَـكُـونُ كَـرِيـهَـةٌ أُدعَـى لَـهَ ... وَإِذَا يُحَاسُ الحَيسُ يُدعَى جُندُبُ

فَصَارَ بِمَنزِلَةِ «مَتَى، وَمَتَى مَا»، وَلِهَذَا لَو قَالَ لِامرَأَتِهِ: «أَنتِ طَالِقٌ إذَا شِئتِ، لَا يَخرُجُ الأَمرُ مِن يَدِهَا بِالقِيَامِ عَنِ المَجلِسِ، كَمَا فِي قَولِهِ: مَتَى شِئتِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: ...

قوله: (حتى يموت عند أبي حنيفة)، وبه قال: الشافعي في الأصح[(١)]، ومالك، وأحمد في رواية[(٢)].

وفي المبسوط: وأصل الخلاف بين أهل اللغة والنحو؛ فالكوفيون يقولون: (إذا) قد تستعمل للشرط، وقد تستعمل للوقت على السواء، وإذا كان بمعنى الشرط يسقط عنه معنى الوقت أصلًا كحرف (إن) وهو مذهب أبي حنيفة، وعند البصريين: حقيقة للوقت، وللشرط يستعمل مجازًا ولا يسقط منه معنى الوقت، والمسألة مذكورة في الأصل مع تمامها[(٣)].

(الحيس): طعام يتخذ من التمر والأقط، يحايس: يطعم.

أول الشعر أنشده عنترة العبسي[(٤)]: (شعر).

هَلْ فِي القَضِيَّةِ أَن إذَا اسْتَغْنَيْتُمُ ... وَأَمِنتُمُ فَأَنَا البَعِيدُ الأَجْنَبُ
وإذَا الشَّدَائِدُ بِالشَّدَائِدِ مَرة ... أَشْجَتكُمُ فأنَا الحَبِيبُ الأقربُ
وَإِذَا تَكُونُ كَرِيهَةٌ أُدعى لَهَا ... وَإِذَا يُحَاسُ الحَيْسُ يُدْعَى جُنْدَبُ
هَذَا لَعُمرُكُمُ الصَّغَارُ بِعَيْنِهِ ... لا أُمَّ لِي إِنْ كَانَ ذَاكَ وَلا أَبُ

والأشجاء: الأحزان.

(ولأبي حنيفة): أنه؛ أي: حرف [إذا][(٥)].

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.
(١) انظر: نهاية المطلب للجويني (١٤/ ١٢٩).
(٢) انظر: الكافي لابن قدامة (٣/ ١٢٧)، والمحرر للمجد ابن تيمية (٢/ ٦٥).
(٣) المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ١١٢).
(٤) الأبيات من الكامل، وتروى لهني بن أحمر الكناني، وهو الأكثر. الحماسة البصرية (صـ ٦).
(٥) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

أَنَّ كَلِمَةَ «إِذَا» تُستَعمَلُ فِي الشَّرطِ أَيضًا، قَالَ قَائِلُهُم:

وَاستَغنِ مَا أَغنَاك رَبُّك بِالغِنَى ... وَإِذَا تُصِبكَ خَصَاصَةٌ فَتَجَمَّل

فَإِن أُرِيدَ بِهِ الشَّرطُ لَم تَطلُق فِي الحَالِ. وَإِن أُرِيدَ بِهِ الوَقتُ تَطلُقُ، فَلَا تَطلُقُ بِالشَّكِّ وَالِاحتِمَالِ، بِخِلَافِ مَسأَلَةِ المَشِيئَةِ، لِأَنَّهُ عَلَى اعتِبَارِ أَنَّهُ لِلوَقتِ لَا يَخرُجُ الأَمرُ مِن يَدِهَا، وَعَلَى اعتِبَارِ أَنَّهُ لِلشَّرطِ يَخرُجُ، وَالأَمرُ صَارَ فِي يَدِهَا، فَلَا يَخرُجُ بِالشَّكِّ وَالِاحتِمَالِ، ....

(تستعمل في الشرط)؛ أي: الشرط الخالص، يقول الرجل: إذا زرتني زرتك، وإذا أكرمتني أكرمتك، والمراد الشرط.

(واستغن) إلى آخره.

أول الشعر أنشده الفراء(١):

أَبُنَيَّ إِنَّ أَبَاكَ كَارِبُ يَوْمِهِ ... فَإِذَا دُعِيتَ إِلَى المَكَارِمِ فَاعْجَلِ

أُوصِيكَ إِيصَاءَ امرئٍ لَكَ نَاصِحٍ ... طَبِنٍ بِرَيبِ الدَّهْرِ غَيرِ مُغَفَّلِ

واسْتَغْنِ مَا أَغْنَاكَ رَبُّكَ بِالْغِنَى ... وَإِذَا تُصِبْكَ خَصَاصَةٌ فَتَجَمَّلِ

(وإذا تصبك)، أي: (إن تصبك) بالجزم، ولهذا الجزم فلو كان للوقت لما انجزم، ودخلت الفاء في جوابه وهو **(فتجمل)**، وقد تبيَّن هذا البحث في الأصول بتمامه.

كرب الشيء: دنا.

التجمل: التصبر.

فإن قيل: التجمل أكل الْجَمِيلَ، وهو: الشحم المذاب، والمراد الاكتفاء به.

قوله: (فلا تُطلق بالشك).

فإن قيل: النظر إلى الشرطية يقتضي بقاء النكاح والحل، والنظر إلى الوقتية يوجب الطلاق والحرمة، فاجتمعت الحرمة والحل؛ فينبغي أن ترجح الحرمة كما عرف.

قلنا: هذا متروك في جميع صور التردد؛ فإنه لو شكَّ في الانتقاض بعد الطهارة فإن بقاءها يُوجبُ إباحة الصلاة، وبالنظر إلى الانتقاض يحرم أداؤها،

---

(١) الأبيات من الكامل، وهي لعبد قيس بن خفاف. لسان العرب (١/ ٧١٢).

وَهَذَا الخِلَافُ فِيمَا إذَا لَم تَكُن لَهُ نِيَّةٌ أَلبَتَّةَ، أَمَّا إذَا نَوَى الوَقتَ يَقَعُ فِي الحَالِ وَلَو نَوَى الشَّرطَ يَقَعُ فِي آخِرِ العُمُرِ، لِأَنَّ اللَّفظَ يَحتَمِلُهُمَا.

ومع هذا لا تترجح الحرمة وإن كان مبنى الصلاة على الاحتياط؛ لأن الشك لا يثبت شيئًا فلا يكون من قبيل تعارض الحرمة مع دليل الحلّ، كذا قيل [1].

(وهذا الخلاف)؛ أي: المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه.

(لأن اللفظ يحتملهما) على السواء، فإذا احتملهما على السواء؛ يقع ما نوى بالإجماع.

فإن قيل: إنّ "إذا" تستعمل للشرط مجازًا عند أبي حنيفة وكذا عندهما؛ فينبغي أن لا يصدقه القاضي فيما لو نوى به معنى "أن" فيه؛ تخفيفًا على نفسه.

قيل في جوابه: لما كثر استعماله في معنى الشرط فصار كالظاهر في حقه، فجاز أن يصدقه القاضي، مع أنه قيل حقيقة فيهما عندَه، وفيه نوع تأمل.

فإن قيل: يقتضي الاختلاف في مسألة الشرب من دجلة أن يكون الاختلاف هاهنا على عكس هذا؛ لأنه اعتبر المجاز هاهنا. وثمة اعتبر الحقيقة، وهما عكسا فيهما فلابدَّ من الفرق لهما.

قيل: الفرق لهما: أن المجاز ثمة غالب الاستعمال عرفا؛ فترجحت جهته على جهة الحقيقة، أما هاهنا المجاز ليس بغالب الاستعمال.

والفرق لأبي حنيفة: أن ثمة التيقن في ثبوت مُوجب اعتبار الحقيقة، وفي الشك اعتبار المجاز ثابتًا؛ لأن اعتبار الحقيقة يقتضي الحنث بالشرب من دجلة كرعا لا غير.

واعتبار المجاز يقتضي الحنث من مائها كرعًا منها، وبالشُّرب من مائها اغترافًا منها، والحنث لازم بالشرب منها؛ أي: من مائها كرعًا على تقدير اعتبار الحقيقة واعتبار المجاز، وأما الحنث بالشرب من مائها اغترافًا منها فليس بثابت على تقدير اعتبار الحقيقة، وإن كان ثابتًا على تقدير اعتبار المجاز؛ فيثبت ما هو متيقن فيه، ولم يثبت ما هو مشكوك فيه؛ فترجَّحت الحقيقة، وهاهنا بالعكس.

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٣٢٨)، فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٣٥).

(وَلَو قَالَ: «أَنتِ طَالِقٌ، مَا لَم أُطَلِّقكِ أَنتِ طَالِقٌ» فَهِيَ طَالِقٌ بِهَذِهِ التَّطلِيقَةِ) مَعنَاهُ: قَالَ ذَلِكَ مَوصُولًا بِهِ، وَالقِيَاسُ: أَن يَقَعَ المُضَافُ فَيَقَعَانِ إن كَانَت مَدخُولًا بِهَا، وَهُوَ قَولُ زُفَرَ ﷺ، لِأَنَّهُ وُجِدَ زَمَانٌ لَم يُطَلِّقهَا فِيهِ، وَإِن قَلَّ، وَهُوَ زَمَانُ قَولِهِ: أَنتِ طَالِقٌ، قَبلَ أَن يَفرُغَ مِنهَا. وَجهُ الِاستِحسَانِ: أَنَّ زَمَانَ البِرِّ مُستَثنى عَنِ اليَمِينِ بِدَلَالَةِ الحَالِ،

قوله: (هذه التطليقة)؛ أي: التطليقة الأخيرة لا المضافة؛ أي: المعلقة بعدم التطليق.

(معناه)؛ [٤٢٧/أ] أي: معنى ما قال محمد أو القدوري.

(قال ذلك موصولًا) قيد به؛ لأنه لو قال مفصولًا؛ يقعان بالإجماع قياسًا واستحسانًا؛ لأنه وُجد الزمان الخالي عن التطليق.

وقيد بكونها **(مدخولًا بها)**؛ لأن في غير الموطوءة لا يقعان، بل تقع المضافة في المفصول، وفي الموصول تقع المضافة بالإجماع، وعندنا غير المضافة.

قوله: (لأنه وُجِدَ زمان) إلى آخره؛ بيانه: أنه وجد ما بين اليمين، ووقوع الطلاق مقدار ما يسع فيه ستة أحرف وهو قوله: أنت طالق؛ لأن الطلاق يقع بآخر الحروف حين تكلم بالاتفاق، وفيما بين ذلك ستة أحرف، وشرط الحنث يستوي فيه القليل والكثير.

قوله: (أن زمان البر) إلى آخره؛ بيانه: أن الحالف إنما يحلف ليبرَّ في يمينه، ولا يمكنه البر في هذه المسألة إلا أن يجعل الساعة التي يشتغل بالإيقاع فيها مستثناة؛ فيصير هذا القدر مستثنى من اليمين بدلالة الحال.

ولأنه متى شرع في قوله: (أنت طالق) موصولًا؛ لم يُوجد زمان عُدم فيه الفعل؛ إذْ به لا يكون تاركًا لفعل التطليق، والإنسان إنما سُمي تاركًا للفعل في زمان يقدر على الفعل، ولا يفعل؛ فلم يُوجَد.

ولئن تحقق الترك فهو غير معتبر؛ لأن شرط الحنث بتركٍ يمكنه الامتناع عنه؛ لأن غرضه البر من اليمين، وذا لا يتحقق إلا أن تكون الساعة التي يشتغل بالإيقاع [فيها] مستثناة. كذا في جامع البزدوي.

وبقولنا قال الشافعي(١)، وأكثر الفقهاء.

---

(١) انظر: نهاية المطلب للجويني (١٤/ ٢٩٥).

لِأَنَّ البِرَّ هُوَ المَقصُودُ، وَلَا يُمكِنُهُ تَحقِيقُ البِرِّ إِلَّا أَن يَجعَلَ هَذَا القَدرَ مُستَثنى، وأَصلُهُ: مَن حَلَفَ لَا يَسكُنُ هَذِهِ الدَّارَ فَاشتَغَلَ بِالنَّقلَةِ مِن سَاعَتِهِ وَأَخَوَاتُهُ عَلَى مَا يَأتِيك فِي الأَيمَانِ إِن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(وَمَن قَالَ لِامرَأَة: يَومَ أَتَزَوَّجُكِ فَأَنتِ طَالِقٌ فَتَزَوَّجَها لَيلًا طَلُقَت) لِأَنَّ اليَومَ يُذكَرُ وَيُرَادُ بِهِ بَيَاضُ النَّهَارِ فَيُحمَلَ عَلَيهِ وَإِذَا قُرِنَ بِفِعلٍ يَمتَدُّ كَالصَّومِ وَالأَمرِ بِاليَدِ لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ المِعيَارُ، وَهَذَا أَلِيَقُ بِهِ، وَيُذكَرُ وَيُرَادُ بِهِ مُطلَقُ الوَقتِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى:

وتظهر ثمرة الاختلاف في هذه المسألة: فيما إذا قال: أنت طالق ثلاثا إن لم أطلقكِ أنتِ طالق؛ فعندنا تقع واحدة، وعنده الثلاث.

قوله: **(وأخواته)** وهو قوله: (لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه؛ فنزعه في الحال)، و(لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته؛ لم يحنث عندنا خلافًا لزفر)، ويجيء في كتاب الأيمان إن شاء الله تعالى.

قوله: **(بفعل يمتد)**، والمراد بامتداده: أن يقبل حرف المدّة والتأقيت والأجل.

(أن اليوم) يستعمل لغة لمطلق الوقت **(فينتظم الليل والنهار)**[(١)].

وبيان استعماله لمُطلق ما ذكر في الكتاب؛ فإن الفرار من الزحف ليلًا يوجب الإثم أيضًا، فكان المراد به **(مطلق الوقت)** ويقال: انتظر يوم فلان؛ أي: وقت إقباله وإدباره، وقولهم في مبتدأ الكلام: يوم لنا ويوم علينا؛ ويراد به مطلق الوقت، ويستعمل لـ**(بياض النهار)**؛ قال تعالى: ﴿إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوۡمِ ٱلۡجُمُعَةِ﴾ [الجمعة ٩]؛ فلابدَّ من ضابط يمتاز به أحدهما عن الآخر.

فيقول: **(وإذا قُرن بفعل يمتد كالصوم، والأمر باليد لأنه يراد به المعيار)**؛ أي: بياض النهار.

لأنه **(أليق به)**؛ إذِ الممتد يناسب الممتد؛ فلو قال: أمرك بيدك يومَ يقدم فلان فقدم فلان نهارًا فلم يعلم به حتى جن الليل؛ قال: لا خيار لها؛ لأن العلم بعد انقضاء الأمر، فلم يبق الأمر.

---

(١) انظر المتن ص (٩٨).

﴿وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥ﴾ [الأنفال: ١٦] وَالمُرَادُ بِهِ مُطلَقُ الوَقتِ، فَيُحمَلُ عَلَيهِ إذَا قُرِنَ بِفِعلٍ لَا يَمتَدُّ، وَالطَّلَاقُ مِن هَذَا القَبِيلِ فَيَنتَظِمُ اللَّيلَ وَالنَّهَارَ.

وَلَو قَالَ: «عَنَيتُ بِهِ بَيَاضَ النَّهَارِ خَاصَّة دُيِّنَ» فِي القَضَاءِ، لِأَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلَامِهِ وَاللَّيلُ لَا يَتَنَاوَلُ إلَّا السَّوَادَ، وَالنَّهَارُ يَتَنَاوَلُ البَيَاضَ خَاصَّة، وَهَذَا هُوَ اللُّغَةُ.

(**وإذا قرن بفعل لا يمتد**)؛ يراد به: مطلق الوقت؛ لأنه أليق به، وبه قال مالك(١). وقال الشافعي: هو لبياض النهار(٢).

(**والطلاق**)؛ أي: إيقاع الطلاق أو نفس الطلاق لا يقبل التأقيت أيضًا، حتى لو قال: أنتِ طالق شهرًا؛ يتأبّد ولا يتوقّت.

(**من هذا القبيل**)؛ أي: قبيل ما لا يمتد. والمذكور في الأصل: والتزوج من هذا القبيل، وكأنه وقع غلطًا؛ إذِ الصحيح: والطلاق.

وفي الشرح: والصحيح من النسخ: والتزوج من هذا القبيل، وقال: هكذا وجدته بخط شيخي.

ولأنه اعتبر في الكتاب في وزان هذه المسألة: فعل الشرط لا فعل الجزاء؛ فقال في اليمين: يوم أكلم فلانًا فامرأته طالق؛ فهو على الليل والنهار؛ لأن الكلام مما يمتد، ولأن ذكر الفعل يستقيم في "أتزوجكِ" بغير تأويل، لا في (أنتِ طالق).

ولأن لفظ (القِران) يدلُ على أن المراد "التزوج"؛ لأن مقارنة اليوم أقوى؛ لأنه على وجه الإضافة، والمضاف والمضاف إليه كشيءٍ واحد.

(**فينتظم الليل والنهار**) فيقع الطلاق إذا قدم ليلًا [أو نهارًا؛ إذا قال: أنت طالق يوم يقدم فلان، عندنا. وبه قال الشافعي في وجه(٣).

وفي الأصح عنده: لا يتناول الليل؛ فلا يقع الطلاق إذا قدم ليلًا](٤)؛ لأنه حقيقة لبياض النهار(٥) ولو نوى الوقت يصح؛ لأنه نوى محتمل كلامه.

---

(١) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي (٤/ ٦٠).
(٢) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري (٣/ ٣٢٣).
(٣) انظر: البيان للعمراني (١٠/ ١٩٦).
(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٥) انظر: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٨/ ٨٨).

فَصْلٌ: [فِي إِضَافَةِ الطَّلَاقِ إلى النِّسَاءِ]

(وَمَن قَالَ لِامرَأَتِهِ: أَنَا مِنكِ طَالِقٌ فَلَيسَ بِشَيء وَإِن نَوَى طَلَاقًا، وَلَو قَالَ: أَنَا مِنكِ بَائِنٌ أَو أَنَا عَلَيكِ حَرَامٌ يَنوِي الطَّلَاقَ فَهِيَ طَالِقٌ). وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَقَعُ الطَّلَاقُ فِي الوَجهِ الأَوَّلِ أَيضا إِذَا نَوَى، لِأَنَّ مِلكَ النِّكَاحِ مُشتَرَكٌ بَينَ الزَّوجَينِ، حَتَّى مَلَكَت هِيَ المُطَالَبَةَ بِالوَطءِ كَمَا يَملِكُ هُوَ المُطَالَبَةَ بِالتَّمكِينِ، وَكَذَا الحِلُّ مُشتَرَكٌ بَينَهُمَا وَالطَّلَاقُ وُضِعَ لِإِزَالَتِهِمَا فَيَصِحُّ مُضَافًا إِلَيهِ كَمَا صَحَّ مُضَافًا إِليها كَمَا فِي الإِبَانَةِ

فصل

قوله: (في الوجه الأول) وهو **قوله: (أنا منك طالق)**، أما في **قوله: (أنا منك بائن)** أو حرام، إذا نوى؛ يقع الطلاق بالإجماع.

وبقولنا: قال أحمد[1].

وبقول الشافعي[2]: قال مالك[3].

وجه قوله: أنه أضاف الطلاق إلى [٤٢٧/ب] محله؛ فيصح، كما لو قال: أنا منكِ بائن أو عليكِ حرام.

وهذا لأن محل الطلاق ما ثبت فيه حكم النكاح؛ لأن الطلاق شرع لرفع ما ثبت بالنكاح، وحكم النكاح مشترك بينهما حتى حل لكل واحدٍ منهما الاستمتاع بصاحبه، وينتهي النكاح بموت كلٍّ، ويسمَّى كل واحد ناكحًا.

وهذا التعليل غير مرضي عند أكثر أصحابه، فقالوا: لو كان كذلك لما احتاج إضافة الطلاق إليه إلى النية كما لا يحتاج الإضافة إليها إلى النية؛ بل المختار عند أصحابه أن على الزوج حجرًا من جهتها من حيث أنه لا ينكح أختها ولا أربعًا سِوَاها؛ فتصح إضافته إليه باعتبار رفع ذلك القيد، إلا أنَّ الإضافة إلى الزوج غير معهودة؛ فاحتيج إلى النية. كذا في كتبهم[4].

---

(١) انظر: الهداية للكلوذاني (ص: ٤٢٣)، الكافي لابن قدامة (٣/ ١١٣).
(٢) انظر: التنبيه للشيرازي (ص: ١٧٥)، الوسيط للغزالي (٥/ ٣٩٤).
(٣) انظر: المدونة لابن القاسم (٢/ ٢٩٢)، المنتقى للباجي (٤/ ١٤).
(٤) انظر: الوسيط للغزالي (٥/ ٣٩٤).

وَالتَّحرِيمِ، وَلَنَا: أَنَّ الطَّلَاقَ لِإِزَالَةِ القَيدِ، وَهُوَ فِيهَا دُونَ الزَّوجِ، أَلَا تَرَى أَنَّهَا هِيَ المَمنُوعَةُ عَن التَّزَوُّجِ بِزَوجِ آخر والخُرُوجِ وَلَو كَانَ لِإِزَالَةِ المِلكِ فَهُوَ عَلَيهَا، لِأَنَّهَا

قوله: (ولنا أن الطلاق) إلى آخره؛ بيانه: أنه أضاف الطلاق إلى غير محله فيلغو؛ وهذا لأن محل الطلاق محل موصوف بالقيد؛ لأن الطلاق لرفعه، والقيد فيها لا فيه؛ لأنه عبارة عن ملك النكاح، والملك يثبت له عليها لا لها عليه؛ لأن الملك إنما يثبتُ مع المنافي وهي: الحرية لضرورة تحقيق مقاصد النكاح، وهذه الضرُورة في جانبها لا جانبه؛ ولهذا تسمَّى المرأة منكوحة مملوكة ولا يسمى الزوج بذلك؛ ألا ترى أن الرجل بعد النكاح ينطلق حيث يشاء ويتبوأ أين يريد ويستمتع بإمائه وإن كثرت وبثلاث سِوَاهَا، وهي ممنوعة عن الخروج والبروز والتزوج بغيره مع قيام الأهلية لحقِّ الزوج؛ فقد ظهر آثار الملك في حقها دون الزوج؛ فعلم أنها مملوكة.

فإن قيل: إنه لإزالة الحل، وهو مشترك بينهما.

قلنا: ما وضع لإبطال الحل؛ بل شرع لرفع موجب النكاح وهو: الملك؛ ولهذا سمي الزوج مالكًا، وكانت ولاية التصرف إليه؛ فلا تصح إضافة ما يقطع الملك إلى المالك كما لو قال لعبده: أنا منكَ حرٌّ.

فإن قيل: كما مُنعت عن التزوج والخروج، مُنع هو أيضًا عن التزوج بأختها وأربع سواها.

قلنا: الجمع بين الأختين حرام؛ لكن ذلك لم يثبت بالنكاح لأنه كان بائنًا قبله؛ ألا ترى أنه لو تزوجهما معًا لا يجوز، وكذا نكاح الخامسة حرام شرعًا لا بالنكاح فلا يكون مقدورًا له ثم مُنع.

أما خروجها وتزوجها بمقدورها عليه، إلا أنها منعت عنهما لحق الزوج؛ فكان قيدًا وانحجارا؛ [حكما بالآخر][1] للاختصاص الثابت بالنكاح.

وكذا نكاح الخامسة ثابت قبل النكاح؛ فلم يكن أثر النكاح فلا يكون موجبًا للقيد؛ فشرحه أن الدليل ينفي المنع والحجر عن الفعل، إلا أنه ثبت في جانبها

---

(١) ما أثبتناه زيادة من النسخة الثانية.

مَمْلُوكَةٌ وَالزَّوجَ مَالِكٌ، وَلِهَذَا سُمِّيَت مَنكُوحَة بِخِلَافِ الإِبَانَةِ، لِأَنَّهَا لِإِزَالَةِ الوَصلَةِ،

بالإجماع تحصيلًا لمقاصد النكاح، وبقي جانب الرجل على قضية الدليل.

وفي المبسوط: وحجتنا ما روي أن امرأة قالت لزوجها: لو كان إليَّ ما إليك لرأيت ما أصنع، فقال: جعلت إليكِ ما إليَّ؛ فقالت: طلقتُكَ؛ فرفع ذلك إلى ابن عباس فقال: خطَّأَ الله نواها، هلا قالت: طلقتُ نفسي منك[1].

وروي: وخط الله، وصوَّبه مولانا نجم الدين عمر النسفي قال: ولا يجوز خطأ، وصاحب الفائق عكسه.

والنوء: كوكب يستمطر به العرب.

والحطّ: من الحطيطة، وهي أرضٌ لم تمطر.

وأما الذي يقول الملك مشترك؛ فكلام لا معنى له؛ بل الملك للزوج خاصة حتى يتزوج المسلم الكتابية ولا يتزوج الكتابي المسلمة. وفيه كلام طويل لأصحابنا.

والأولى أن نقول: ما ثبت لها بالنكاح: ملك المهر والنفقة؛ وذلك لا يقبل الطلاق، ثم الملك الذي يثبت في جانبها تبع للملك الثابت للزوج عليها، وما يكون تبعًا للنكاح؛ لا يكون محلًّا للطلاق عندنا؛ كيدها ورجلها على ما قررناه، وفي بعض نسخ أصحابنا: ولنا الكتاب والسنة والمعقول.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ﴾ [الطلاق: ١] والأمرُ بالفعل نهي عن تركه، وتطليق نفسه ترك تطليق امرأته حقيقة؛ لأنه أضاف الطلاق إلى نفسه لا إليها فيكون منهيًّا، والمنهي غير مشروع وما هو غير مشروع لا يعتبر شرعًا، وهو تفسيرُ عدم الصحة. وفيه تأمل.

وأما السنة: فما روى أبو داود في سننه أنه عليه السلام قال: «**تزوّجوا ولا تُطَلِّقوا**»[2] وقد مر الحديث؛ نهى النبي عليه السلام عن التطليق مطلقًا سواء كان

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٧٨).

(٢) ذكره الديلمي في الفردوس (٢/ ٥١، رقم ٢٢٩٣) من حديث علي، وضعفه السخاوي بالمقاصد الحسنة (ص: ٤٩)، والعجلوني في كشف الخفاء (١/ ٣٦).

وَهِيَ مُشتَرَكَةٌ بَينَهُمَا، بِخِلَافِ التَّحرِيمِ، لِأَنَّهُ لِإِزَالَةِ الحِلِّ، وَهُوَ مُشتَرَكٌ بَينَهُمَا فَصَحَّت إِضَافَتُهُمَا إِلَيهِمَا، وَلَا تَصِحُّ إِضَافَةُ الطَّلَاقِ إِلَّا إِلَيهَا.

مضافًا إلى الزوج أو إليها، ثم جاءت الرخصة في التطليق المضاف إلى المرأة [٤٢٨/أ] بقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ﴾ [الطلاق: ١]، وقوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾ [البقرة: ٢٣٦] وغيرهما؛ فبقي التطليق المضاف إلى الزوج على أصل النهي، والمنهي غير المشروع إلى آخر ما ذكرنا، وفيه تأمل أيضًا.

وأما المعقول: فهو المذكور في الكتاب.

قوله: (وهي)؛ أي: الوصلة.

(مشتركة) ثابتة في الطرفين؛ لأن الاتصال بين الشيئين ألبتة؛ فإذا زال من أحد الطرفين يزول من الطرف الآخر ضرورة؛ لاستحالة اتصال الشيء بما هو منفصل عنه.

فإن قيل: يشكل عليه قول الزوج: "أبنتُ نفسي"؛ يعني منكِ، ولم يذكر منكِ؛ حيث لا يقع شيء به وإن عزم الطلاق.

قلنا: إنما لا يقع هاهنا لوجه آخر، وهو أن الإباحة متعددة؛ لأنها قد تكون منها ومن غيرها، فلما لم يقل منكِ لا يتعين لقطع الوصلة التي بينهما. إليه أشير في المبسوط(١).

(وهو)؛ أي: الحِل.

(مشترك)؛ فيلزم من [تحريم](٢) نفسه عليها تحريمها له؛ لاستحالة أن يكون الشخص الواحد حَلالًا لمن [هو](٣) حرام.

(إضافتهما)؛ أي: إضافة الإبانة والتحريم.

(إليهما) إلى الزوج والزوجة.

(ولا تصح إضافة الطلاق إلا) إلى المرأة؛ لما أنه لرفع القيد، والقيد عليها لا عليه.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٧٨).
(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(وَلَو قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ وَاحِدَة أَوْ لَا، فَلَيسَ بِشَيء). قَالَ ﷺ: هَكَذَا ذَكَرَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ مِن غَيرِ خِلَاف، وَهَذَا قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ آخِرًا. وَعَلَى قَولِ مُحَمَّد وَهُوَ قَولُ أَبِي يُوسُفَ أَوَّلا: تَطلُقُ وَاحِدَة رَجعِيَّة[*]، ذَكَرَ قَولَ مُحَمَّد فِي كِتَابِ الطَّلَاقِ فِيمَا إِذَا قَالَ لِامرَأَتِهِ: أَنتِ طَالِقٌ وَاحِدَة أَوْ لَا شَيء، وَلَا فَرق بَينَ المَسأَلَتَين.

وَلَو كَانَ المَذكُورُ هَاهُنَا قَولَ الكُلِّ فَعَن مُحَمَّد رِوَايَتَانِ، لَهُ: أَنَّهُ أَدخَلَ الشَّكَّ فِي الوَاحِدَةِ لِدُخُولِ كَلِمَةِ «أَو» بَينَهَا وَبَينَ النَّفي، فَيَسقُطُ اعتِبَارُ الوَاحِدَةِ وَيَبقَى قَولُهُ: أَنتِ طَالِقٌ، بِخِلَافِ قَولِهِ: «أَنتِ طَالِقٌ أَو لا» لِأَنَّهُ أَدخَلَ الشَّكَّ فِي أَصلِ الإِيقَاعِ فَلَا يَقَعُ. وَلَهُمَا: أَنَّ الوَصفَ مَتَى قُرِنَ بِالعَدَدِ كَانَ الوُقُوعُ بِذِكرِ العَدَدِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَو قَالَ لِغَيرِ المَدخُولِ بِهَا: أَنتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا تَطلُقُ ثَلَاثًا، وَلَو كَانَ الوُقُوعُ بِالوَصفِ

قوله: **(فليس بشيءٍ)** وكذا لو قال: أنت طالق أو لا، أو غير طالق؛ لا يقع شيء. وبه قال الشافعي[1]، ومالك، وأحمد[2].

وعلى هذا الخلاف لو قال: أنت طالق ثلاثًا أو لا شيء.

(في كتاب الطلاق)؛ أي: طلاق المبسوط.

(ولا فرق بين المسألتين) وهي قوله: أنتِ طالق واحدة أوْ لا، وأنت طالق واحدة أو لا شيء؛ أي: لا فرق بينهما في حق التردد في الإيقاع أو في حق الوضع.

فـ**(المذكور هاهنا)** أي: في الجامع الصغير.

(له)؛ أي: لمحمد.

(أنه)؛ أي: الزوج.

(أدخل الشك في الواحدة) إلى آخره.

(*) الراجح: قول الشيخين.

(١) انظر: البيان للعمراني (١٠/ ١٢٤)، تكملة المجموع للمطيعي (١٧/ ١٤١).

(٢) انظر: الهداية للكلوذاني (ص: ٤٢٥)، الإنصاف للمرداوي (٨/ ٤٧١).

لَلَغَا ذِكرُ الثَّلَاثِ، وَهَذَا لِأَنَّ الوَاقِعَ فِي الحَقِيقَةِ إِنَّمَا هُوَ المَنعُوتُ المَحذُوفُ، ومَعنَاهُ: أَنتِ طَالِقٌ تَطلِيقَة وَاحِدَة عَلَى مَا مَرَّ، وَإِذَا كَانَ الوَاقِعُ مَا كَانَ العَدَدُ نَعتًا لَهُ كَانَ الشَّكُّ دَاخِلًا فِي أَصلِ الإِيقَاعِ فَلَا يَقَعُ شَيءٌ. (وَلَو قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ مَعَ مَوتِي أَو مَعَ مَوتِك: فَلَيسَ بِشَيء) لِأَنَّهُ أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى حَالَة مُنَافِيَة لَهُ، ....

(للغا ذكر الثلاث)(١)؛ ولهذا لو قال: أنتِ طالق واحدة إن شاء الله؛ لا يقع شيء، فـ لو كان الوقوع بالوصف كان قوله: واحدة؛ فاصلًا بين الاستثناء والمستثنى منه، فينبغي أن لا يعمل الاستثناء.

ولهذا لو صادفها العدد وهي ميتة؛ لا يقع سواء كان ثلاثًا أو واحدة.

فإذا كان [الوقوع](٢) بالعدد؛ وهو: الواحدة مثلًا.

فلو أدخل الشك في الواحدة؛ تلغو الواحدة.

وقوله: (**أنت طالق**) (**فلا يقع شيء**) إلى آخر ما ذكر في المتن.

وإنما أطلق على الواحدة اسم العدد؛ لأنها أصل [العدد](٣).

والمراد بـ الوصف **قوله**: (**أنت طالق**).

(**فليس بشيء**)؛ أي: هذا القول؛ حتى لا يقع به طلاق. وبه قال الشافعي(٤)، ومالك(٥)، وأحمد(٦).

قوله: (**منافية له**)؛ أي: للطلاق؛ لأن معنى قوله (**مع موتي**): بعد موتي؛ لأن الطلاق معلق بوجود الموت؛ فصار الموت شرطًا، كما قال: أنت طالق مع

---

(١) المسألة بتمامها: (لو قال لغير المدخول بها: أنت طالق ثلاثًا؛ تطلق ثلاثًا) ش: بالاتفاق، فعلم أن الوقوع بالعدد م: (ولو كان الوقوع) ش: أي وقوع الطلاق م: (بالوصف للغا ذكر الثلاث) ش: يعني لو كان بقوله: (أنتِ طالق) لما وقع الثلاث، فعلم أن الوقوع بالعدد لا بالوصف. البناية للعيني (٥/ ٣٣٤).

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٤) انظر: البيان للعمراني (١٠/ ١٩٥)، روضة الطالبين للنووي (٨/ ١٤٢).

(٥) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي (٤/ ٦٠)، منح الجليل للشيخ عليش (٤/ ١٢٣).

(٦) انظر: الهداية للكلوذاني (ص: ٤٣٣)، الكافي لابن قدامة (٣/ ١٤٠).

لِأَنَّ مَوتَهُ يُنَافِي الأَهلِيَّةَ وَموتَهَا يُنَافِي المَحَلِّيَّةَ وَلَا بُدَّ مِنهُمَا.

(وَإِذَا مَلَكَ الزَّوْجُ امرَأَتَهُ أَو شِقصًا مِنهَا أَو مَلَكَت المَرأَةُ زَوجَهَا أَو شِقصًا مِنهُ وَقَعَت الفُرقَةُ) لِلمُنَافَاةِ بَينَ المِلكَينِ. أَمَّا مِلكُهَا إِيَّاهُ فَلِلاجتِمَاعِ بَينَ المَالِكِيَّةِ وَالمَملُوكِيَّة، وَأَمَّا مِلكُهُ إِيَّاهَا فَلِأَنَّ مِلكَ النِّكَاحِ ضَرُورِيٌّ وَلَا ضَرُورَةَ مَعَ قِيَامِ مِلكِ اليَمِينِ فَيَنتَفِي النِّكَاحُ (وَلَو اشتَرَاهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا لَم يَقَع شَيءٌ) لِأَنَّ الطَّلَاقَ يَستَدعِي قِيَامَ النِّكَاحِ، وَلَا بَقَاءَ لَهُ مَعَ المُنَافِي، لَا مِن وَجه وَلَا مِن كُلِّ وَجه، وَكَذَا إِذَا مَلَكَتهُ أَو

دخولك الدار، والجزاء يعقب الشرط؛ فكان هذا إيقاعًا له بعد الموت، ولا ملك بعد الموت. **(ملك النكاح ضروري)**؛ لأن إثبات الملك على الحرة على خلاف القياس، وإنما يثبت ضرورة الحِل؛ لبقاء النسل.

ولما طرأ عليه ملك اليمين[1] -وهو: الحِل القوي-؛ ينتفي الحِل الضعيف.

وفي تملك الشقص[2] وإن كان لا يثبت الحل ولكن يثبت الملك؛ فقام مقام الحل؛ لأنه دليل عليه، بخلاف المكاتب إذا اشترى منكوحته حيث لا يبطل النكاح؛ لأن الثابت له [في][3] كسبه حق الملك، وحق الملك لا يمنع بقاء النكاح.

[**(ولا بقاء له)**؛ أي: للنكاح][4].

(مع المنافي لا من وجه)؛ أي: من حيث العدة.

(ولا من كل وجه)؛ أي: من حيث ملك النكاح. وبه قال الشافعي[5]، ومالك[6]، وأحمد[7]، والظاهرية[8].

---

(١) وهو قوله في المتن: (وَلَا ضَرُورَةَ مَعَ قِيَام مِلْكِ الْيَمِينِ).
(٢) في الأصل: (وفي الملك الشخص) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٥) انظر: الأم للشافعي (٥/ ٢٦٨).
(٦) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي (٣/ ٢١٧).
(٧) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٣٣٨).
(٨) انظر: المحلى بالآثار (٩/ ٣٥٥).

شِقصًا مِنهُ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ لِمَا قُلنَا مِن المُنَافَاةِ. وَعَن مُحَمَّد: أَنَّهُ يَقَعُ لِأَنَّ العِدَّةَ وَاجِبَةٌ(*). بِخِلَافِ الفَصلِ الأَوَّلِ لِأَنَّهُ لَا عِدَّةَ هُنَاكَ حَتَّى حَلَّ وَطؤُهَا لَهُ.

(وَإِذَا قَالَ لَهَا وَهِيَ أَمَةٌ لِغَيرِهِ: «أَنتِ طَالِقٌ ثِنتَينِ مَعَ عِتقِ مَولَاك إِيَّاكَ» فَأَعتَقَهَا مَولَاهَا مَلَكَ الزَّوجُ الرَّجعَةَ) لِأَنَّهُ عَلَّقَ التَّطلِيقَ بِالإِعتَاقِ أَو العِتقِ، لِأَنَّ اللَّفظَ

وعن الشعبي والنخعي: لو ملكت زوجها فأعتقته حين ملكته؛ كانا على نكاحهما. وأجمعوا على بُطلان نكاحها لو ملكها زوجها[١].

وللجمهور أن بين الملكين منافاة؛ فلا بقاء للمنافي مع منافيه.

(الفصل الأول) وهو إذا ملك الزوج امرأته.

(لأنه لا عدة)؛ أي: في حق مولاها الذي ملكها.

وفي الكافي: فإن قيل: أليس لا يجوز له التزويج وهذا دليل على وجوب العدة؟

قلنا: قد قالوا (لا عدة عليها)؛ بدليل أنه لو زوَّجها من آخر جاز.

والصحيح أنه لا يجوز تزويجها من آخر، فعلم أنه لا تجب العدة عليها في حق من اشتراها.

وفي حق غيره روايتان، وهذا لأن العدة إنما تجب لاستبراء رحمها من ماء نفسه مع بقاء السبب الموجب لحل الوطء[٢].

قوله: (مع عتق مولاك)؛ أي: إعتاق؛ فاستعير الحكم لغلبته؛ لأن العتق حكم الإعتاق، والدليل عليه أنه قال بعده: **(علق التطليق بالإعتاق)**.

ولأن الإعتاق يضاف حقيقة إلى المولى لا العتق.

(أو العتق)؛ أي: [٤٢٨/ب] العتق الحاصل بإعتاق المولى.

(لأنَّ اللفظ) وهو **قوله: (مع عتق مولاك)** ينتظم الإعتاق والعتق؛ أي: على طريق البدل لا الشمول؛ لاستحالة اجتماع الحقيقة والمجاز مرادين.

(*) **الراجح**: قول الشيخين.

(١) انظر: مراتب الإجماع لابن حزم (ص: ٦٩)، الإقناع في مسائل الإجماع لابن القطان (٢/ ٢١).

(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٥/ ٣٣٦)، البحر الرائق (٣/ ٣٠٦).

يَنتَظِمُهُمَا وَالشَّرطُ مَا يَكُونُ مَعدُومًا عَلَى خَطَرِ الوُجُودِ وَلِلحُكمِ تَعَلُّقٌ بِهِ، وَالمَذكُورُ بِهَذِهِ الصِّفَةِ وَالمُعَلَّقُ بِهِ التَّطلِيقُ، لِأَنَّ فِي التَّعلِيقَاتِ يَصِيرُ التَّصَرُّفُ تَطلِيقًا عِندَ الشَّرطِ عِندَنَا، وَإِذَا كَانَ التَّطلِيقُ مُعَلَّقًا بِالإِعتَاقِ أَو العِتقِ يُوجَدُ بَعدَهُ ثُمَّ الطَّلَاقُ يُوجَدُ بَعدَ التَّطلِيقِ، فَيَكُونَ الطَّلَاقُ مُتَأَخِّرًا عَن العِتقِ فَيُصَادِفُهَا وَهِيَ حُرَّة فَلَا تَحرُمُ حُرمَة غَلِيظَة ....

(والشرط: ما يكون معدومًا على خطر الوجود)، والعتق والإعتاق بهذه المثابة، وإنما قلنا: أن العتق شرط؛ لأنه جعل التطليق متصلًا بالعتق، وذلك التعلق [إما][1] أن يكون: تعلق العلة بالمعلول، أو الشرط في المشروط.

والإعتاق أو العتق لا يكون علة لتطليق الزوج، وكذا تطليق الزوج لا يكون علة لإعتاق المولى أو للعتق الحاصل منه فتعيَّن أنه تعلق الشرط بالمشروط والإعتاق أو العتق معدوم على خطر الوجود وللطلاق تعلق به، والمعلق به التطليق لا الطلاق عندنا؛ لما قرر في الأصول أن أثر التعليق في منع السبب لا في منع الحكم عندنا.

(وإذا كان التطليق معلقا بالإعتاق أو العتق يوجد بعده)؛ لأن المشروط مع الشرط يتعاقبان.

(فيصادفها) التطليق **(وهي حرة؛ فلا تحرم حرمة غليظة)** بالطلقتين.

وعند الشافعي[2]: العتق والطلاق وقعا معًا؛ فلم يكن رجعيا في أظهر قوليه بعد وقوع الطلاق؛ لكن عنده صورة المسألة فيما إذا قال العبد لامرأته: أنتِ طالق مع عتق مولاي إياي؛ لأن عنده اعتبار الطلاق [بالرجال][3]. وبه قال مالك، وأحمد[4].

وفي قول عنه: [تحرم][5] حرمة غليظة؛ لأن العتق لم يتقدم وقوع الطلاق؛

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية. (٢) انظر: البيان للعمراني (١٠/ ٧٦).
(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) انظر: الهداية على مذهب الإمام أحمد (ص: ٤٢٧)، الإنصاف للمرداوي (٩/ ١٠٥).
(٥) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

بِالثِّنْتَيْنِ. بَقِيَ شَيْءٌ وَهُوَ أَنَّ كَلِمَةَ «مَعَ» لِلقِرَانِ. قُلنَا: قَد تُذكَرُ لِلتَّأَخُّرِ كَمَا فِي قَوله تَعَالَى: ﴿إِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا﴾ [الشرح: ٦] فَتُحمَلَ عَلَيهِ بِدَلِيلِ مَا ذَكَرنَا مِن مَعنَى الشَّرط.

فصار كما لو طلَّقها اثنتين ثم عتق.

وفي الكافي: ذكر في الهداية: **(لأنه علق التطليق بالإعتاق أو بالعتق)**(١) إلى آخره، وهو مشكل؛ لأنه أريد به الإعتاق هاهنا واستعير الحكم عن علته؛ ألا ترى [إلى](٢) قوله: إياك، ولا تستعمل ذلك إلا في الفعل المتعدي(٣).

قيل في جوابه: ليس بمشكل؛ لأنه لما علق التطليق بالإعتاق يلزم منه تعليقه بالعتق الحاصل من الإعتاق، وقد بينا أن كل واحدٍ يصلح شرطًا؛ إذْ كل واحد منهما على خطر الوجود، ويكون معنى قوله: (مع عتق مولاك إياك) مع العتق الحاصل من إعتاق مولاك إياك؛ فلهذا ردد المصنف **قوله: (علق التطليق بالإعتاق أو العتق)**.

قوله: (بقى شيء)؛ أي: إشكال.

(وهو أن كلمة "مع" للقران) عند أرباب اللسان، **(قلنا: قد تذكر)**؛ أي: مع، **(للتأخر)**؛ أي: بمعنى البعدية، **(كما في قوله:** ﴿إِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا﴾ [الشرح ٦])؛ لأنه لا يمكن المعيَّة بين العسر واليسر؛ للتضاد بينهما؛ فيحمل على ذلك؛ لأن **قوله: (مع عتق مولاك إياك)**(٤) محكم في معنى الشرطية؛ لما ذكر، فيحمل المحتمل على المحكم. وهذا معنى **قوله: (فتحمل عليه بدليلٍ)** إلى آخره.

فإن قيل: ينتقض هذا بما ذكر في الجامع بقوله لامرأته: (أنتِ طالق مع نكاحك)؛ حيث لم يصح، ولم يَصر بمعنى الشرط؛ فينبغي أن يكون كذلك كما في قوله: مع عتق إلى آخره.

قلنا: العدول عن حقيقة معنى القران باعتبار أنه مالك للتطليق تنجيزًا وتعليقًا؛ فكان من ضرورة كلامه أن يُحمل بمعنى الشرط، أما هاهنا لم يملك الطلاق،

---

(١) انظر المتن ص (١٦٠).
(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) انظر: البناية شرح الهداية (٥/ ٣٣٧).
(٤) انظر المتن ص (١٠٦).

(وَلَو قَالَ: إِذَا جَاءَ غَدٌ فَأَنتِ طَالِقٌ ثِنتَينِ، وَقَالَ المَولَى: إِذَا جَاءَ غَدٌ فَأَنتِ حُرَّةٌ، فَجَاءَ الغَدُ لَم تَحِلَّ لَهُ حَتَّى تَنكِحَ زَوجًا غَيرَهُ، وَعِدَّتُهَا ثَلَاثُ حِيَضٍ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: زَوجُهَا يَملِكُ الرَّجعَةَ عليها)(*)، لِأَنَّ الزَّوجَ قَرَنَ الإِيقَاعَ بِإِعتَاقِ المَولَى حَيثُ عَلَّقَهُ بِالشَّرطِ الَّذِي عَلَّقَ بِهِ المَولَى العِتقَ، وَإِنَّمَا يَنعَقِدُ المُعَلَّقُ سَبَبًا عِندَ الشَّرطِ، وَالعِتقُ يُقَارِنُ الإِعتَاقَ، لِأَنَّهُ عِلَّتُهُ وأَصلُهُ

والطلاق مع النكاح يتنافيان؛ فلا يلزم العدول عن معنى القران؛ فيلغو ضرورة.

وهذا الجواب لم يتضح لي؛ لأنه يملك تعليق الطلاق بالنكاح؛ فيمكن تصحيح كلامه على اعتبار معنى الشرط؛ فينبغي أن يحمل عليه.

قوله: (وقال محمد: زوجها يملك الرجعة)؛ يعني: لا تحرم حرمة غليظة، وللشافعي قولان كما في المسألة المتقدمة؛ لكن صورة المسألة في العبد عنده [كما ذكرنا][1].

وفي الكافي: لم يذكر الاختلاف على رواية أبي سليمان.

(والعتق يقارن الإعتاق، لأنه)؛ أي: الإعتاق.

(علته)؛ أي: علة العتق، والعلة مع المعلول يقترنان عند الجمهور؛ كالاستطاعة مع الفعل، وعند البعض يتعاقبان في العلل الشرعية، والتصرفات الشرعية بمنزلة الجواهر؛ ولهذا يقال: ويفسخ، أما الاستطاعة عرض لا بقاء بها، بخلاف الاستطاعة مع الفعل.

قيل: لا يتضح كلام محمد هاهنا، إلا أن يوصف حكم العلة بالتأخر عن العلة؛ كما هو مذهب البعض. كما وصفه شمس الأئمة في مسألة **(أنت طالق مع عتق)**[2] إلى آخره.

ولكن لو قال: يلزم قران الإعتاق بالتطليق، وقران العتق بوقوع الطلاق، فوقع الطلاق وهي أمة؛ قلنا: يعمل بالاحتياط، فإنه لو قلنا بتأخر العتق عن التطليق؛ تلزمه الحرمة الغليظة.

(*) **الراجح: قول الشيخين.**

(١) زيادة يقتضيها السياق.

(٢) انظر المتن ص (١٠٦).

الِاستِطَاعَةُ مَعَ الفِعلِ، فَيَكُونَ التَّطلِيقُ مُقَارِنًا لِلعِتقِ ضَرُورَةً فَتَطلُقُ بَعدَ العِتقِ فَصَارَ كَالمَسأَلَةِ الأُولَى، وَلِهَذَا تُقَدَّرُ عِدَّتُهَا بِثَلَاثِ حِيَضٍ.

وَلَهُمَا: أَنَّهُ عَلَّقَ الطَّلَاقَ بِمَا عَلَّقَ بِهِ المَولَى العِتقَ، ثُمَّ العِتقُ يُصَادِفُهَا وَهِيَ أَمَةٌ، فَكَذَا الطَّلَاقُ، وَالطَّلقَتَانِ تُحَرِّمَانِ الأَمَةَ حُرمَة غَلِيظَة، بِخِلَافِ المَسأَلَةِ الأُولَى، لِأَنَّهُ عَلَّقَ التَّطلِيقَ بِإِعتَاقِ المَولَى فَيَقَعَ الطَّلَاقُ بَعدَ العِتقِ عَلَى مَا قَرَّرنَاهُ، وَبِخِلَافِ العِدَّةِ لِأَنَّهُ يُؤخَذُ فِيهَا بِالِاحتِيَاطِ، وَكَذَا الحُرمَةُ الغَلِيظَةُ يُؤخَذُ فِيهَا بِالِاحتِيَاطِ، وَلَا وَجهَ إِلَى مَا قَالَ: لِأَنَّ العِتقَ لَو كَانَ يُقَارِنُ الإِعتَاقَ لِأَنَّهُ عِلَّتُهُ فَالطَّلَاقُ يُقَارِنُ التَّطلِيقَ لِأَنَّهُ عِلَّتُهُ فَيَقتَرِنَانِ.

وإن قلنا بتأخر الطلاق عن الإعتاق على الوجه الذي قلنا؛ لا يلزم، ولم يكن لازمه قبل هذا؛ فلا يلزم بالشك، وفيه نوع تأمل.

لمحمد وجهان صحيحان ذكره في الفوائد الظهيرية:

أحدهما: [٤٢٩/أ] أن قوله: أنت حر، أو جُزء من قوله: أنتِ طالق، والتطليق والإعتاق يوجدان في زمان واحد؛ فيتقدم، أو جزءهما في الوجود؛ فيقع الطلاق بعد العتق.

والثاني: أن حكم الإعتاق -وهو العتق- أسرع ثبوتًا؛ لأنه مندوب والطلاق محظور على ما عليه الأصل؛ فيلزم تقدم العتق على الطلاق؛ ألا ترى أن البيع الصحيح أسرع نفوذًا من البيع الفاسد؛ حتى لا يحتاج في إثبات الملك إلى القبض بخلاف البيع الفاسد.

(لأنه)؛ أي: الشأن؛ الأخذ في العدة بالاحتياط، أو العدة على تأويل التربص.

ولأن العدة تجب بعد وقوع الطلاق، وهي بعده حرة فيفترقان -أي: العتق مع الطلاق-، والإعتاق مع التطليق.

واعتبار الأوجز في الإرسال لا في التعليق؛ لأن في التعليق: الوقوع عند وجود الشرط بعد التكلم بهما، ولم يبق الطلاق مبغوضًا محذورًا عند الحاجة؛ فلم يكن العتق أسرع ثبوتًا منه.

فَصْلٌ فِي تَشْبِيهِ الطَّلَاقِ وَوَصْفِهِ

(وَمَن قَالَ لِامرَأَتِهِ: أَنتِ طَالِقٌ هَكَذَا يُشِيرُ بِالإِبهَامِ وَالسَّبَّابَةِ وَالوُسطَى فَهِيَ ثَلَاثٌ) لِأَنَّ الإِشَارَةَ بِالأَصَابِعِ تُفِيدُ العِلمَ بِالعَدَدِ فِي مَجرَى العَادَةِ إِذَا اقتَرَنَت بِالعَدَدِ المُبهَمِ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الشَّهرُ هَكَذَا وَهَكَذَا وَهَكَذَا» الحَدِيثَ، وَإِن أَشَارَ بِوَاحِدَة فَهِيَ وَاحِدَةٌ، وَإِن أَشَارَ بِثِنتَينِ فَهِيَ ثِنتَانِ لِمَا قُلنَا، وَالإِشَارَةُ تَقَعُ

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

اعْلم إنه طعن بعض الناس على [محمد][(١)] وقال: إن السبابة اسم جاهلي، والاسم[(٢)] الشرعي المُسَبِّحَة.

قيل في جوابه: كُتب في بعض النسخ السبّاحة.

ولأن السبابة وردت في الحديث عن ابن عمر أنه عليه السلام: «**أدخل السبابتين في أذنيه**»[(٣)] في صفة الطهورية[(٤)].

ولأن في الأسماء الأعلام لا يوجب تحقيق معانيها في المسميات بالإجماع. كذا في جامع فخر الإسلام.

وفي الفوائد الظهيرية: لا فرق بين الإشارة بالإصبع التي اعتاد الناس الإشارة بها، وبين الإصبع الآخر؛ لما قلنا، وهو: أن الإشارة إذا اقترنت بالعدد المبهم؛ تفيد العلم عادة بإجماع الأمّة والسُّنة.

وفي المبسوط: أنه عليه السلام قال: «الشهر هكذا وهكذا وهكذا، وخنس في المرة الثالثة إبهامه» فكان بيانًا أن الشهر تسعة وعشرين يومًا، ولا خلاف في المسألة للفقهاء.

والإشارة تقع بالمنشورة منها لا بالمضمومة؛ لاعتبار العرف والعادة؛ ألا

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٢) في الأصل: (السبابة اسم حمل على، واسم) وما أثبتناه من النسخة الثانية.

(٣) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (١/ ٣٣، برقم ١٤٢) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال ابن عبد الهادي: إسناده ثابت إلى عمرو، فمن احتج بنسخته عن أبيه عن جده فهو عنده صحيح. المحرر في الحديث (ص: ١٠١).

(٤) في الأصل: (الظهيرية) وما أثبتناه من النسخة الثالثة.

بِالْمَنْشُورَةِ مِنهَا، وَقِيلَ: إِذَا أَشَارَ بِظُهُورِهَا فَبِالْمَضمُومَةِ مِنهَا، وَإِذَا كَانَ تَقَعُ الإِشَارَةُ بِالْمَنْشُورَةِ مِنهَا فَلَو نَوَى الإِشَارَةَ بِالْمَضمُومَتَينِ يُصَدَّقُ دِيَانَةً لَا قَضَاء، وَكَذَا إِذَا نَوَى الإِشَارَةَ بِالْكَفِّ حَتَّى يَقَعَ فِي الأُولَى: ثِنتَانِ دِيَانَة، وَفِي الثَّانِيَةِ وَاحِدَةٌ، لِأَنَّهُ يَحتَمِلُهُ لَكِنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ، ....

ترى أنه عليه السلام خنس إبهامه في المرة الثالثة وفهم منه تسعة وعشرون يومًا، ولو اعتبر المقبوض لكان المفهوم إحدى وعشرون يومًا(١).

(فبالمضمومة منها)؛ أي: من الأصابع.

(يصدق ديانة لا قضاء)، وبه قال: الشافعي(٢)؛ لأنه كما وجدت الإشارة بالمنشورة وجدت بالمعقودة إلا أنه خلاف الظاهر؛ لأن الإشارة المعهودة فيما بين الناس في بيان العدد المبهم بالأصابع المنشورة لا المضمومة ولا بالكف، فإذا ادّعى ذلك فقد ادّعى خلاف الظاهر؛ فلا يصدق قضاء. كذا في مبسوط فخر الإسلام(٣)، وصورة الإشارة بالكف: أن تكون جميع الأصابع منشورة.

(يقع في الأولى)؛ أي: في المضمومتين.

(وفي الثانية)؛ أي: الإشارة بالكف.

[**(واحدة)**](٤)؛ يعني: يصدق ديانة، حتى تقع واحدة لا قضاء؛ حتى يطلق ثلاثًا في القضاء.

وفي المبسوط: وبعض المتأخرين قالوا: لو جعل ظهر الكف إليها والأصابع المنشورة إلى نفسه؛ دين في القضاء؛ لأن الظاهر شاهد له، والعادة الإشارة ببطون الأصابع إلى المخاطب لا إلى نفسه.

حتى لو جعل ظهر الكف إلى نفسه وبطون الأصابع إليها؛ لا يصدق في القضاء(٥).

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٢٢).
(٢) انظر: البيان للعمراني (١٠/ ١١٣).
(٣) انظر: البناية شرح الهداية (٥/ ٣٤٤).
(٤) زيادة يقتضيها السياق لمناسبة الشرح. انظر البناية شرح الهداية (٥/ ٣٤٤).
(٥) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٢٢).

وَلَو لَم يَقُل هَكَذَا تَقَعُ وَاحِدَةٌ، لِأَنَّهُ لَم يَقتَرِن بِالعَدَدِ المُبهَم فَبَقِيَ الِاعتِبَارُ بِقَولِهِ: أَنتِ طَالِقٌ (وَإِذَا وَصَفَ الطَّلَاقَ بِضَرب مِن الشِّدَّةِ، أَو الزِّيَادَةِ كَانَ بَائِنًا، مِثلُ أَن يَقُولَ: أَنتِ طَالِقٌ بَائِنٌ أَو أَلبَتَّةَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَقَعُ رَجعِيًّا إِذَا كَانَ بَعدَ الدُّخُولِ بِهَا، لِأَنَّ الطَّلَاقَ شُرِعَ مُعَقِّبًا لِلرَّجعَةِ ....

وذكر الإمام التمرتاشي قيل: لو كان باطن كفه إلى السماء؛ فالعبرة للنشر، وإن كان إلى الأرض فالعبرة للضم.

وقيل: إن كان نشرًا عن ضم فالعبرة للنشر، وإن كان ضمًّا عن نشر؛ فالعبرة للضم للعادة[١].

قوله: (ولم يقل هكذا)؛ يعني أشارَ بأصابعه فقال: أنت طالق، ولم يقل هكذا؛ تقع واحدة. وبه قال الشافعي[٢] عند عدم النية؛ لأن الإشارة إنما اعتبرت تفسيرًا إذا اقترنت بالعدَد المبهم، ولم يوجد هاهنا؛ فبقي قوله: أنتِ طالق، وهو لا يحتمل العدد؛ فلا تقع إلا واحدة. إليه أشير في مبسوط فخر الإسلام[٣].

قوله: (وقال الشافعي: يقع رجعيًّا)[٤]، وهو قول مالك[٥]، وأحمد[٦].

(إذا كان بعد الدخول)، وإن كان قبل الدخول؛ بائن بالإجماع.

وبعد الدخول البينونة عند الشافعي: بالخلع[٧].

(شرع معقّبًا للرجعة) بالنص والإجماع؛ فلما قال: بائن؛ فقد أراد تغيير المشروع فيردّ عليه، كما لو قال: أعرتك عارية لا ردَّ فيها، أو وهبتك هبة موجبة للملك قبل القبض، أو ألّا رجوع لي عليك على أصلكم، أو قال: أنت

---

(١) انظر: تبيين الحقائق (٢/ ٢١١)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٤٤).
(٢) انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ١٧٢).
(٣) انظر: تبيين الحقائق (٢/ ٢١١).
(٤) انظر: الأم للشافعي (٧/ ٢٤)، البيان للعمراني (١٠/ ١١٨).
(٥) إن وصفها بالشدة كـ: أنت طالق طلقة عظيمة أو كالجبل؛ فواحدة رجعية. شرح مختصر خليل للخرشي (٤/ ٣١)
أما من قال لامرأته: أنت طالق ألبتة؛ فقد بانت منه وهي بمنزلة الثلاث. المدونة (٢/ ٢٩٤).
(٦) إن وصفها بالشدة كقوله: طالق مثل الجبل؛ كانت رجعية. الشرح الكبير (٨/ ٣٢٨)
وتقع ثلاث في قوله: أنت طالق بائن أو أنت طالق ألبتة.كشاف القناع (٥/ ٢٥٢).
(٧) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (١٣/ ٢٩٦).

فَكَانَ وَصفُهُ بِالبَيْنُونَةِ خِلَافَ المَشرُوعِ فَيلْغُو، كَمَا إِذَا قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ عَلَى أَن لَا رَجعَةَ لِي عَلَيك. وَلَنَا: أَنَّهُ وَصَفَهُ بِمَا يَحتَمِلُهُ لَفظُهُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ البَيْنُونَةَ قَبلَ الدُّخُولِ بِهَا وَبَعدَ العِدَّةِ تَحصُلُ بِهِ فَيَكُونُ هَذَا الوَصفُ لِتَعيِينِ أَحَدِ المُحتَمَلَينِ، وَمَسأَلَةُ الرَّجعَةِ مَمنُوعَةٌ فَتَقَعُ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ إِذَا لَم تَكُن لَهُ نِيَّةٌ أَو نَوَى الثِّنتَينِ. أَمَّا إِذَا نَوَى الثَّلَاثَ فَثَلَاثٌ ....

طالق على ألا رجعة لي عليك.

وإنما تنقطع الرجعة بما علق الله تعالى أن نقطع به؛ بأن يجعله ببدل أو يطلقها ثلاثًا.

(**ولنا: أنه**)؛ أي: الزوج.

(**وصفه بما يحتمله**)؛ وهي: البينونة؛ ولهذا تثبت البينونة به قبل الدخول [٤٢٩/ب] وبعد انقضاء العدة بالطلاق؛ لأنه لا تأثير للأجل في ثبوت البينونة، وهذا لأن الأصل في الطلاق أن يكون موجبًا للبينونة؛ لأنه لرفع النكاح وقطعه.

والأصل أن السبب إذا انعقد تعجل حكمه، إلا أن النص ورد بالتأجيل إلى انقضاء العدة في صريح الطلاق إذا لم تتصف بالبينونة، فبقي ما وراءه على قضية القياس، وثبت أنا لا نعبر حكم الشرع بتحليل الإبانة؛ بل يقرر الحكم الأصلي، ويقصر هذا العارض الذي فيه الخيار على ما ورد فيه النص.

(**فتقع واحدة بائنة: إن لم تكن نية، أو نوى الثنتين**).

(**وإذا نوى الثلاث فثلاث؛ لما مر**).

فإن قيل: ينتقض هذا بما إذا قال: أنتِ طالق، ونوى البينونة أو الثلاث؛ حيث لا يصح بالإجماع؛ فينبغي أن تصح لأنها محتملة.

قلنا: النية تصلح للملفوظ والبينونة ما صارت ملفوظة بقوله: أنتِ طالق بائن، فإن البينونة ملفوظة.

ولكن في هذا الجواب نوع ضعف؛ لأنه ذكر في المبسوط أن قوله: أنتِ طالق محتمل المُبيّن وغير المُبيّن، فكان قوله: بائنًا تعيين أحد محتمليه[(١)].

---

(١) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٧٤).

لِمَا مَرَّ مِن قَبلُ، وَلَو عَنَى بِقَولِهِ: أَنتِ طَالِقٌ وَاحِدَة وَبِقَولِهِ بَائِنٌ أَو أَلبَتَّةَ أُخرَى تَقَعُ تَطلِيقَتَانِ بَائِنَتَانِ، لِأَنَّ هَذَا الوَصفَ يَصلُحُ لِابتِدَاءِ الإِيقَاعِ ....

إلا أن يقال: لا يحتمله بطريق الحقيقة؛ لكن يحتمله بطريق المجاز، ولابدَّ للمجاز من نية. وبهذا لا يندفع السؤال.

فإن قيل: بائن صفة المرأة لا صفة الطلاق، فكيف يكون واصفًا لقوله طالق؟.

قلنا: المراد بقوله "بائن": أنت بائن؛ أي: أنتِ طلقة بائنة فيكون واصفًا للطلاق البينونة. كذا قيل، وفيه نوع تأمل.

(ومسألة الرجعة ممنوعة)؛ يعني: تقع واحدة بائنة فيها.

ولئن سلم بالفرق أن في قوله: ألّا رجعة؛ صريحٌ بنفي المشروع، وفي مسألتنا وصفه بالبينونة وما نفي الرجعة جميعًا صريحًا؛ لكن يلزم منها نفي الرجعة ضمنًا، وكم من شيء يثبت ضمنًا ولا يثبت قصدًا. كذا سمعته من شيخي العلّامة رحمه الله تعالى.

(**لِمَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ**)؛ أي: في باب إيقاع الطلاق؛ بقوله: ونحن نقول نية الثلاث إنما صحَّت لكونها جنسًا آخر.

(**تقع تطليقتان بائنتان**) وقياس قول الشافعي: ينبغي أن تقع تطليقتان رجعيتان.

(**لأن هذا الوصف**) وهو بائن، أو النية.

(**يصلح لابتداء الإيقاع**) بأن قال: أنت بائن، أو أنت ألبتة، ونوى به الطلاق؛ يصح ويقع، فكذا إذا نوى بلفظ البتة تطليقة أخرى.

فكأن قوله: بائن أو البتة خبرًا بعد خبر؛ فصار كأنه قال: أنت طالق أنت بائن.

وكان ينبغي أن تكون إحداهما رجعية عملًا بقوله: أنت طالق، إلا أنا جعلناها بائنة؛ لعدم الإمكان؛ لأن الثاني يكون بائنًا لا محالة عندنا، فيكون الأول ثابتًا ضرورة؛ إذْ لا يتصور بقاء الأول رجعيا إذا صار الثاني بائنًا. وكذا الحكم في كل كناية مقرونة بقوله: أنت طالق.

(وَكَذَا إِذَا قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ أَفحَشَ الطَّلَاقِ) لِأَنَّهُ إِنَّمَا يُوصَفُ بِهَذَا الوَصفِ بِاعتِبَارِ أَثَرِهِ وَهُوَ البَينُونَةُ فِي الحَالِ، فَصَارَ كَقَولِهِ بَائِنٌ، (وَكَذَا إِذَا قَالَ: أَخبَثَ الطَّلَاقِ أَو أَسوَأَهُ) لِمَا ذَكَرنَا، (وَكَذَا إِذَا قَالَ طَلَاقَ الشَّيطَانِ أَو طَلَاقَ البِدعَةِ) لِأَنَّ الرَّجعِيَّ هُوَ

فإن قيل: إنما تقع ثنتان إذا ذكرت حرف الواو.

قيل: في جوابه أن الواو للعطف، ولا يبقى غير الواو دليلًا للعطف، وقد دلَّ الدليل على العطف هاهنا، وأن البائن صفة؛ فلابدَّ من إدراج الموصوف، فيدرج المبتدأ، وهو: أنتِ، فيصير تقديره: أنتِ بائنٌ؛ تصحيحًا لنيته.

قوله: (وَكَذَا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَفْحَشَ الطَّلَاقِ) أو أعظمه؛ لما ذكرنا: أن معنى[1] هذه الأوصاف يظهر في الحكم. كذا في المبسوط.

أو أشد الطلاق؛ عطف على قوله: أنتِ طالق بائن في الأحكام كلها؛ حتى تقع واحدة بائنة بلا نية وبنية الثنتين، وتقع ثلاث بنية الثلاث.

ولو نوى بقوله: أنت طالق واحدة، وبقوله: أفحش الطلاق أخرى؛ تصح نيته. وكذا الجواب في قوله: أشد الطلاق أو أخبثه أو أكبره.

قوله: (باعتبار أثره)؛ أي: أثر الطلاق لا باعتبار ذاته؛ لأن ذاته لا توصف بهذه الأوصاف؛ أعني: الشدة، والفحش، والخبث، والسوء، والعظم، والكبر؛ لأن الطلاق ليس بمحسوس ولا بذي هيئة حتى تكون وصفًا لذاته.

وغير المحسوس يعرف بأثره؛ فتكون هذه الأوصاف لأثره، ومن شدة أثره وفحشه وخبثه وكبره وعظمه: أن يكون قاطعًا للنكاح في الحال، فصار كأنه تلفظ بالبائن.

لأن أفعل التفضيل: لبيان أصل التفاوت، وذلك في الواحدة البائنة؛ لأنها أشدُّ حكمًا وأفحش من الرجعية، وقد يذكر لبيان نهاية التفاوت؛ وذلك في الثلاث، فإذا نوى الثلاث فقد نوى محتمل كلامه؛ فصحت، وإن لم تكن له نية؛ تنصرف إلى الأدنى؛ لأنه المتيقن.

---

(١) في الأصل: (موجب) وما أثبتناه من النسخة الثانية.

السُّنِّيُّ فَيَكُونُ قَوْلُهُ: (البِدعَةُ وَطَلَاقُ الشَّيطَانِ) بَائِنًا. وَعَن أَبِي يُوسُفَ فِي قَولِهِ: أَنتِ طَالِقٌ لِلبِدعَةِ أَنَّهُ لَا يَكُونُ بَائِنًا إلَّا بِالنِّيَّةِ لِأَنَّ البِدعَةَ قَد تَكُونُ مِن حَيثُ الإِيقَاعُ فِي حَالَةِ حَيض فَلَا بُدَّ مِن النِّيَّةِ. وَعَن مُحَمَّد أَنَّهُ إِذَا قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ لِلبِدعَةِ أَو طَلَاقِ الشَّيطَانِ يَكُونُ رَجعِيًّا، لِأَنَّ هَذَا الوَصفَ قَد يَتَحَقَّقُ بِالطَّلَاقِ فِي حَالَةِ الحَيضِ، ....

فإن قيل: "أفحش" أفعل التفضيل، فينبغي [٤٣٠/أ](١) أن يكون هناك فاحشًا.

قلنا: هذا الوزن مشترك بين التفضيل وبين مجرد الإثبات، فيُحمَل على مجرد الإثبات؛ لأن طالق لا تحتمل طالقان، ولأن هذا متيقن. كذا في الفوائد الظهيرية(٢).

قوله: (لأن البدعة قد تكون) إلى آخره؛ اعلم أن عند الشافعي في قوله: أنتِ طالق للبدعة، أو طلاق بدعة، أو أسمجه، أو أفضحه، أو أفحشه، أو أخبثه، أوْ شر الطلاق، وما أشبه ذلك؛ يقع طلاق رجعي في الحال إذا كانت المرأة حائضًا أو نفساء، ولو كانت في حال السنة لا يقع شيء حتى ينتهي إلى حال البدعة وهي حالة الحيض أو الطُّهر الذي وقع الجماع فيه؛ لأن الطلاق يوصف بالبدعة وغيره من الأوصاف في حالة الحيض أو الطُهر الذي وقع الجماع فيه(٣).

لأن عنده لا يوصف الطلاق بالبينونة إلا في الخلع فلا تقع البينونة بهذه الأوصاف، فلا يقيده بحالة البدعة؛ لأن الطلاق في حالة البدعة يوصف بالبدعة مجازًا؛ إذِ البدعة في الإيقاع حقيقة لكونه منهيًا.

(لأن هذا الوصف)؛ أي: وصف البدعة والشيطان قد يكون في البائن؛ لأنه منهي عنه، وقد يكون في الطلاق في حالة الحيض؛ فيقع الشك فلا تثبت البينونة بالاحتمال.

ولو قال: أنت طالق أقبح الطلاق؛ فعند أبي يوسف: هو رجعي، وعند محمد: هو بائن.

---

(١) في الأصل ابتدأت الصفحة بتكرار من قوله: (لبيان أصل التفاوت) إلى (فينبغي)وقد حذفناه.
(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٥/ ٣٤٨).
(٣) انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ١٣٠)، نهاية المطلب (١٤/ ٢٠).

فَلَا تَثبُتُ البَينُونَةُ بِالشَّكِّ (وَكَذَا إِذَا قَالَ: كَالجَبَلِ) لِأَنَّ التَّشبِيهَ بِهِ يُوجِبُ زِيَادَةً لَا مَحَالَةَ، وَذَلِكَ بِإِثبَاتِ زِيَادَةِ الوَصفِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ: مِثلَ الجَبَلِ لِمَا قُلنَا، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَكُونُ رَجعِيًّا، لِأَنَّ الجَبَلَ شَيءٌ وَاحِدٌ فَكَانَ تَشبِيها بِهِ فِي تَوَحُّدِهِ (وَلَو قَالَ لَهَا: أَنتِ طَالِقٌ أَشَدَّ الطَّلَاقِ، أَو كَأَلف، أَو مِلءَ البَيتِ فَهِيَ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ إِلَّا أَن يَنوِيَ ثَلَاثًا) أَمَّا الأَوَّلُ: فَلِأَنَّهُ وَصَفَهُ بِالشِّدَّةِ وَهُوَ البَائِنُ، لِأَنَّهُ لَا يَحتَمِلُ الِانتِقَاضَ

وجه قول محمد: أن الطلاق القبيح والمنهي عنه هو البائن.

وقال أبو يوسف: يحتمل القبيح الشرعي، وهو: الكراهة الشرعية، ويحتمل القبيح الطبيعي، وهو: الكراهة الطبيعية، وهو أن يطلقها في وقت يُكره الطلاق فيه طبعًا؛ **(فلا تثبت البينونة بالشك)**.

(لأن التشبيه به)؛ أي: بالجبل.

(زيادة الوصف) وهو: البينونة؛ لما أنه لا يحتمل الزيادة من حيث العدد؛ لأنه ليس بذي عدد لكونه واحدًا في الذات؛ فيحمل على الزيادة التي ترجع إلى الوصف.

وقال أبو يوسف، ومحمد، والشافعي[١]، وأحمد[٢]: تقع رجعية في قوله: كالجبل، ومثل [الجبل][٣].

(تشبيهًا به في توّحده)؛ أي: توحيد الجبل، وهو تفريده عن العدد وعن الوصف، ويحتمل التشبيه في الصفة وهي العظم؛ فلا تقع البينونة بالشك[٤].

قلنا: يلغو تشبيهه؛ لما ذكرنا أن التشبيه يوجب الزيادة وهاهنا لم يثبت؛ فيَلغُو.

قوله: **(وصفه)**؛ أي: الطلاق.

(بالشدة)، وشدته تكون من حيث الحكم.

(وهو البائن) كما ذكرنا؛ لذكره المصدر -وهو اسم جنس يحتمل الثلاث- بلا وَصْف الشدة؛ فهاهنا أولى.

---

(١) انظر: حلية العلماء (٧/ ٧٥).

(٢) انظر: الشرح الكبير (٨/ ٣٢٨).

(٣) انظر:.

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

وَالِارتِفَاضَ، أَمَّا الرَّجعِيُّ فَيحتَمِلُهُ، وَإِنَّمَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلَاثِ لِذِكرِهِ المَصدَرَ، وَأَمَّا الثَّانِي: فَلِأَنَّهُ قَد يُرَادُ بِهَذَا التَّشبِيهِ فِي القُوَّةِ تَارَة وَفِي العَدَدِ أُخرَى، يُقَالُ: هُوَ كَأَلفِ رَجُلٍ، وَيُرَادُ بِهِ القُوَّةُ فَتَصِحُّ نِيَّةُ الأَمرَينِ، وَعِندَ فِقدَانِهَا يَثبُتُ أَقَلُّهُمَا. وَعَن مُحَمَّد: أَنَّهُ يَقَعُ الثَّلَاثُ عِندَ عَدَمِ النِّيَّةِ، لِأَنَّهُ عَدَدٌ فَيُرَادُ بِهِ التَّشبِيهُ فِي العَدَدِ ظَاهِرًا، فَصَارَ كَمَا إِذَا

فإن قيل: ينبغي أن يتعين الثلاث بلا نية؛ لأنه قال: أنت طالق شديده؛ تقع البائن وأشد أقوى منه؛ فينبغي أن ينصرف إلى الثلاث بلا نية.

قُلنا: هذه الصيغة تَرِدُ مرةً لإثبات التفضيل، وطورًا لبيان مجرد الإثبات، كقولهم: الناقص والأشج أعدلا بني مروان؛ أي: عادلاهم فلا يجوز حمل مطلق اللفظ مع الاحتمال على الثلاث، وقد مرَّ مثله في قوله: في أفحش الطلاق.

(وأما الثاني): وهو كألف؛ فلأنه الضمير للشأن.

(التشبيه في القوة) يقال: فلان كألف، وقولهم: رُب واحد يعدل ألفًا.

(ويراد به القوة) والعظم، وقوة الطلاق وعظمه في البينونة.

(نية الأمرين) وهما: العدد والقوة.

(وعند فقدانها)؛ أي: عند عدم النية.

يحمل على **(أقلهما)**؛ لأنه متيقن، ولا يحمل على العدد بالشك.

(وعن محمد: أنه يقع الثلاث عند عدم النية)؛ أي: نية الثلاث، وبه قال الشافعي[١].

(لأنه) أي قوله: أنت طالق.

(عدد فيراد به)؛ أي: بالألف، أو بهذه الكلمة.

(التشبيه) من حيث **(العدد ظاهرًا)**.

(فصار كما) لو نصَّ على العدد؛ فقال: أنت طالق كعدد الألف، أو كقدر الألف، أو مثل عدد الألف، فلو قال ذلك؛ كان ثلاثًا، فكذا هذا.

وعلى هذا الخلاف لو قال: أنت طالق مثل الألف.

---

(١) انظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي (١٠/ ١١٢).

قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ كَعَدَدِ أَلفٍ، وَأَمَّا الثَّالِثُ: فَلِأَنَّ الشَّيءَ قَد يَملَأُ البَيتَ لِعِظَمِهِ فِي نَفسِهِ وَقَد يَملَؤُهُ لِكَثرَتِهِ، فَأَيُّ ذَلِكَ نَوَى صَحَّت نِيَّتُهُ، وَعِندَ انعِدَامِ النِّيَّةِ يَثبُتُ الأَقَلُّ. ثُمَّ

أما لو قال: أنت طالق واحدة كألف أو مثل ألف؛ فهي واحدة بائنة بالإجماع؛ لأنه لما نص على الواحدة عُلم أنه ما أراد التشبيه في العدد؛ فتعين التشبيه في الشدة والقوة، وذلك في البائن.

هذا في التشبيه بما هو ذو عدد.

أما لو شبهه بالعدَد [٤٣٠/ب] فيما لا عدد له: كالشمس والقمر والتراب، فقال: أنت طالق مثل عدد الشمس، أو كعدد الشمس؛ فهي واحدة بائنة في قياس أبي حنيفة؛ لأن التشبيه يقتضي ضربًا من الزيادة كما مرَّ، ولا يمكن حمله على الزيادة في العدد، فيحمل على الزيادة في الصفة.

وقال أبو يوسف: هي واحدة رجعية، واختاره إمام الحرمين من أصحاب الشافعي؛ لأن التشبيه بالعدد فيما لا عدد له لغو، فبطل التشبيه وبقي قوله: أنت طالق فيقع به واحدة.

وقال محمد: يقع الثلاث. وبه قال الشافعي(١)، وأحمد(٢)؛ لأنه يراد به الكثرة.

وقالوا فيمن قال لها: أنت طالق عدد شعر راحتي، أو عدد ما على ظهر كفي من الشعر، وقد يحلق شعر ظهر كفه؛ طلقت واحدة لأنه شبه بما لا عدد له؛ لأنه علقه بوجود الشعر على الراحة أو على ظهر الكف للحال، وليس عليهما شعر للحال؛ فلا يتحقق التشبيه بالعدد؛ فيلغو.

وبقي قوله: أنتِ طالق؛ فيكون رجعيًّا.

ولو قال: عدد شعر رأسي، أو عدد شعر ظهري، وقد حلقه؛ وقعت ثلاثًا.

(وأما الثالث) وهو قوله: ملء البيت.

(فلأن الشيء قد يملأ) الشيء لغلظه **(وقد يملأه لكثرته)**؛ فيثبت الأقل لتيقنه عند عدم النية.

---

(١) انظر: أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٣/ ٢٨٧).
(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥٠٩).

الأَصلُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ مَتَى شَبَّهَ الطَّلَاقَ بِشَيء يَقَعُ بَائِنًا: أَيَّ شَيء كَانَ المُشَبَّهُ بِهِ ذَكَرَ العِظَمَ أَو لَم يَذكُر لِمَا مَرَّ أَنَّ التَّشبِيهَ يَقتَضِي زِيَادَةَ وَصفٍ. وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ: إن ذَكَرَ العِظَمَ يَكُونُ بَائِنًا وَإِلَّا فَلَا أَيَّ شَيءٍ كَانَ المُشَبَّهُ بِهِ، لِأَنَّ التَّشبِيهَ قَد يَكُونُ فِي التَّوحِيدِ عَلَى التَّجرِيدِ. أَمَّا ذِكرُ العِظَمِ فَلِلزِّيَادَةِ لَا مَحَالَةَ. وَعِندَ زُفَرَ: إن كَانَ المُشَبَّهُ بِهِ مِمَّا يُوصَفُ بِالعِظَم عِندَ النَّاسِ يَقَعُ بَائِنًا، وَإِلَّا فَهُوَ رَجعِيٌّ. وَقِيلَ: مُحَمَّدٌ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقِيلَ: مَعَ أَبِي يُوسُفَ(*). وَبَيَانُهُ فِي قَولِهِ: مِثلُ رَأسِ الإِبرَةِ مِثلُ عِظَمِ رَأسِ الإِبرَةِ وَمِثلُ الجَبَلِ مِثلُ عِظَمِ الجَبَلِ (وَلَو قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ تَطلِيقَةً شَدِيدَةً، أَو عَرِيضَةً، أَو طَوِيلَةً فَهِيَ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ) لِأَنَّ مَا لَا يُمكِنُ تَدَارُكُهُ يَشتَدُّ عَلَيهِ وَهُوَ البَائِنُ، وَمَا يَصعُبُ تَدَارُكُهُ يُقَالُ: لِهَذَا الأَمرِ طُولٌ وَعَرضٌ(**).

وعند الشافعي[1] وأحمد[2]: تقع واحدة رجعية؛ لعدم ذكر العدد والتشبيه، ولا يوجب البينونة سواء كان التشبيه بالعظم أو بملء البيت وغيرهما.

(وإلا فلا)؛ أي: إن لم يذكر لفظ العِظَم، ولكن شبهه بشيءٍ صغير حقير أو عظيم؛ لا يكون بائنًا.

وزاد في الذخيرة وجامع البرهاني بأنه إذا لم يكن بذكر لفظ العظيم فإن كان المشبه به له حدّة؛ يكون بائنًا، وإن لم تكن له حدة؛ يكون رجعيًّا، فعلى هذا التشبيه برأس الإبرة تكون واحدة بائنة عند أبي يوسف[3].

قوله: (بيانه)؛ أي: بيان هذا الخلاف.

(في قوله: مثل رأس الإبرة)؛ أي: أنتِ طالقٌ مثل: رأس الإبرة، أو مثل حبة خردلٍ أو سمسم؛ تقع واحدة بائنة عند أبي حنيفة.

وعند أبي يوسف وزفر: رجعية.

ولو قال: **(مثل عظم رأس الإبرة)** أو عظم حبة خردل، أو عظم سمسم؛ تقع بائنة عند أبي حنيفة.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة. (**) الراجح: قول الشيخين.

(١) انظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين (٨/ ٧٧).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥٠٨).

(٣) الذخيرة البرهانية (٤/ ٤٥).

وَعَن أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يَقَعُ بِهَا رَجعِيَّة لِأَنَّ هَذَا الوَصفَ لَا يَلِيقُ بِهِ فَيَلغُو(*)، وَلَو نَوَى الثَّلَاثَ فِي هَذِهِ الفُصُولِ صَحَّت نِيَّتُهُ لِتَنَوُّعِ البَينُونَةِ عَلَى مَا مَرَّ وَالوَاقِعُ بِهَا بَائِنٌ.

وعند أبي يوسف وزفر: رجعية.

أما عند أبي حنيفة؛ فلذكر التشبيه.

وأما عند أبي يوسف فلذكر العِظَم.

وأما عند زفر؛ فلأنه ليس للمشبه به عظم.

ولو قال: مثل الجبل؛ تقع بائنة عند أبي حنيفة وزفر، ورجعية عند أبي يوسف.

ولو قال: مثل عظمه؛ تكون بائنة عند الكل، وعند الشافعي وأحمد تقع رجعية لما ذكرنا.

وفي جامع قاضي خان: ولو قال: أنت طالق مثل: الأساطين، أو الجبال، أو التراب: على قول أبي حنيفة ومحمد وزفر: تكون بائنًا؛ لوجود أصل التشبيه عندهما.

ولعظم هذه الأشياء عند زفر وعند أبي يوسف: يكون رجعيًّا؛ لعدم ذكر لفظة العِظم.

وعن أبي يوسف أنه يقع بها: رجعية. وبه قال: زفر، والشافعي(١)، وأحمد(٢)؛ لأن الطلاق لا يوصف بالطول والعرض فيلغو ذكر الوصف.

وقلنا: العرض والطول يقتضيان القوة بألا يحتمل الانتقاض كما ذكرنا.

ولو قال: أنت طالق من هنا إلى الشام؛ تقع رجعية عند الثلاثة، وبه قال: الشافعي(٣)، وأحمد(٤).

وقال زفر: تقع بائنة؛ لأنه وَصَفهُ بالطول، فصار كما لو قال: أنت طالق تطليقة طويلة.

وقلنا: لا بل وصفه بالقصر، والطلقة القصيرة هي الرجعية.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) انظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين (٨/ ٧٧).

(٢) انظر: الشرح الكبير على متن المقنع (٨/ ٣٢٨).

(٣) انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ١٤٢).

(٤) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٣/ ١٢٢).

فَصلٌ فِي الطَّلَاقِ قَبلَ الدُّخُولِ

(وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امرَأَتَهُ ثَلَاثًا قَبلَ الدُّخُولِ بِهَا وَقَعنَ عَلَيهَا) لِأَنَّ الوَاقِعَ مَصدَرٌ مَحذُوفٌ، لِأَنَّ مَعنَاهُ طَلَاقًا ثَلَاثًا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، فَلَم يَكُن قَولُهُ: أَنتِ طَالِقٌ، إِيقَاعًا

[فصل في الطلاق قبل الدخول]

لما كان النكاح قبل الدخول؛ كان البيان بعده على الأصل، وقبله بالعوارض؛ فقدم الأصل على العوارض.

قوله: (وَقَعْنَ عَلَيْهَا)، وهذا عند عامة العلماء، وهو مذهب علي وعمر وابن عباس وأبي هريرة[١].

وعند الحسن البصري وعطاء وجابر بن زيد: طالق واحدة؛ لأنها بقوله: أنت أنت طالق؛ تبين لا إلى عدة[٢].

وقوله: ثلاثًا يصادفها وهي مباينة؛ لأن قوله: أنت طالق بنفسه إيقاع؛ فصار كقوله: أنت طالق وطالق وطالق.

أما لو قال: أوقعت عليك ثلاث تطليقات؛ تقع ثلاث عند الكل.

ولنا: أنه متى ذكر العدد؛ فالموقع العدد لما مر، فكان العامل هو لا ذكر الوصف؛ ولهذا لو ماتت هي بعد قوله: أنت طالق قبل قوله ثلاثًا لا يقع شيء؛ وهذا لأن الصفة مع العدد صار الكلام واحدا في الحكم؛ لأن إيقاع الثلاث لا يتأتى بعبارة أوجز من هذا.

ولأن الثلاث صفةٌ للطلاق الذي أوقعه، والموصوف لا يوجد بدون وصفه، فصار ككلام واحِد، والكلام الواحد [٤٣١/أ] لا يفصل بعضها عن بعض بخلاف قوله: أنت طالق وطالق؛ لأنها كلمات متفرقة. كذا في المبسوط[٣]؛ لما بينّا في باب إيقاع الطلاق.

وقوله: (فلم يكن قوله: أنت طالق إيقاعًا) جواب عن قوله: أن قوله أنت طالق؛ إيقاع بنفسه.

---

(١) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (٤/ ٦٨، برقم ١٧٨٧٧)، المغني لابن قدامة (٧/ ٣٩١).
(٢) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (٤/ ٦٩، برقم ١٧٨٧٨) وما بعدها.
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٨٩).

عَلَى حِدَة فَيَقَعنَ جُملَة (فَإن فَرَّقَ الطَّلَاقَ بَانَت بِالأُولَى وَلَم تَقَع الثَّانِيَةُ وَالثَّالِثَةُ) وَذَلِكَ مِثلُ أَن يَقُولَ: أَنتِ طَالِقٌ طَالِقٌ طَالِقٌ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ إيقَاعٌ عَلَى حِدَةٍ، إذَا

قوله: (فإن فرق الطلاق) إلى آخره.

اعلم أنه لو قال لغير الموطوءة: أنت طالق طالق طالق؛ تقع واحدة، وكذا لو ذكر بالواو. عند أكثر العلماء.

وحكي عن الشافعي في القديم: أنها تطلق ثلاثة[١].

وقال علي بن أبي هريرة من أصحابه: هذا قول آخر، وبه قال بن أبي ليلى والأوزاعي والليث ابن سعد وربيعة ومالك[٢].

وقال أحمد: لو ذكر بالواو تطلق ثلاثًا وفي غير الواو لا تطلق ثلاثًا كمذهب العامة؛ لأن المذكور بحرف الجمع كالمذكور بلفظ الجمع[٣].

وجه قول ابن أبي ليلى والأوزاعي ومتابعيهما: أن المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة؛ فتقع الثلاث إذا كان المجلس واحدًا.

وقلنا: الواو للعَطف المطلق، وليس في آخر كلامه ما يغيرُ أوله من الشرط والاستثناء، وكل كلمة إيقاع على حدة؛ فبانت بالأول لعدم توقفه على شيء فلم يبقَ محلًّا للثانية والثالثة؛ لأنها مبانة غير معتدة، بخلاف ما لو ذكر الشرط أو الاستثناء في آخر كلامه ما يغير موجب أوّله فيتوقف أوله على آخره.

أما قولهم: إن الجمع بحرف الجمع إلى آخره.

قلنا: نعم إذا صحَّ الجمع، وهاهنا لم يصح؛ لأنها بانت بالأولى.

فإن قيل: ينبغي أن يتوقف أول الكلام على آخره ليتحقق الجمع.

قلنا: لو توقف لصار الواو للقران.

فإن قيل: لو لم يتوقف لصار للترتيب.

قلنا: الترتيب يحصل من ضرورة التكلم بكلمات متفرقة لا من الواو؛ بل

---

(١) انظر: نهاية المطلب (١٤/ ١٥١)، مغني المحتاج (٤/ ٤٨٠).
(٢) انظر: جامع الأمهات (ص: ٢٩٧)، شرح مختصر خليل للخرشي (٤/ ٥٠).
(٣) انظر: الإقناع (٤/ ١٩)، كشاف القناع (٥/ ٢٦٦).

لَم يَذكُر فِي آخِرِ كَلَامِهِ مَا يُغَيِّرُ صَدرَهُ حَتَّى يَتَوَقَّفَ عَلَيهِ، فَتَقَعُ الأُولَى فِي الحَالِ فَتُصَادِفُهَا الثَّانِيَةُ وَهِيَ مُبَانَةٌ (وَكَذَا إِذَا قَالَ لَهَا: أَنتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَة وَقَعَت وَاحِدَةٌ) لِمَا ذَكَرنَا أَنَّهَا بَانَت بِالأُولَى (وَلَو قَالَ لَهَا: أَنتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً فَمَاتَت قَبلَ

هي لمطلق العطف لما ذكرنا، وهو أن كل واحدٍ إيقاع على حدة إلى آخره.

وقال مالك والليث وربيعة وأحمد والأوزاعي وابن ليلى: تقع الثلاث؛ لما ذكرنا أن الملفوظ بحرف الجمع كالملفوظ بلفظ الجمع.

وقد مرَّ جوابه.

فإن قيل: ينتقض تعليلنا بقوله لغير الموطوءة: أنت طالق واحدة ونصفًا، وبقوله: أنت طالق أحدًا وعشرين؛ حيث تقع الأولى ثنتان، وفي الثانية ثلاث مع أنه ذكر بالواو العاطفة، وليس في آخر كلامه ما يغير أوله.

وينتقض أيضًا بقوله: أنت طلاق ثلاثًا إن شئت واحدة وواحدة؛ تطلق ثلاثا مع أنه ذكر بحرف العطف.

قلنا: القياس أن تقع واحدة في هاتين الصورتين أيضًا، كما قال زفر؛ لأن المراد كماله؛ ولكنا نقول: كله كلام واحد لا يعبر عن واحدٍ ونصف أو جزء من هذا، فإن لواحدة ونصف عبارتين: أحدهما هذه، والثانية ثنتان إلا نصفًا، وذلك لا يصير معلومًا إلا بالاستثناء، وهذا معلومٌ في نفسه أنه أوجز؛ فكان أولاهما.

بخلاف قوله: أنت طالق أحدًا وعشرين، أنه ليس لهذا العدد عبارة أو جزء من هذا، فصار الاسمان كاسم واحد، وصار كقوله: أَنْتِ طَالِقٌ أَحَدَ عَشَرَ، وهاهنا تطلق ثلاثًا بالاتفاق فكذا هذا. كذا في المبسوط[١]، وفيه نوع تأمل.

وفي مسألة التعليق بمشيئتها: إنما تطلق ثلاثًا؛ لأن تمام الشرط بآخر كلامها، فما لم يتم الشرط لا ينزل الجزاء، فإذا تم الشرط وقع الثلاث جملة، إليه أشير في المبسوط[٢].

وفيه: ثم عند أبي يوسف تبين بالأولى قبل الفراغ من الكلام الثاني، وعند

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ١٣٤).
(٢) المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ١٩٩).

قَولِهِ وَاحِدَة كَانَ بَاطِلًا) لِأَنَّهُ قَرَنَ الوَصفَ بِالعَدَدِ فَكَانَ الوَاقِعُ هُوَ العَدَدَ، فَإِذَا مَاتَت قَبلَ ذِكرِ العَدَدِ فَاتَ المَحَلُّ قَبلَ الإِيقَاعِ فَبَطَلَ (وَكَذَا إذا قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ ثِنتَينِ أَو ثَلَاثًا) لِمَا بَيَّنَّا وَهَذِهِ تُجَانِسُ مَا قَبلَهَا مِن حَيثُ المَعنَى ....

محمد: بعد الفراغ منه[١].

وفائدة الخلاف: تظهر فيمن ماتَ قبل الفَراغ فعنده يقع، خلافًا لمحمد؛ لجواز أن يلحق بآخره شرط أو استثناء.

وهذا الخلاف إنما يتحقق عند العطف بالواو، فأما بدون الواو لا يتحقق الخلاف؛ لأنه لا يلحق به الشرط والاستثناء.

قوله: (إذا ماتت) قيد بموتها؛ لأن بموت الزوج قبل ذكر العدد تقع واحدة؛ لأن الزوج وصل لفظ الطلاق بذكر العدد في موتها، وذكر العدد حصل بعد موتها.

وفي موت الزوج ذكر لفظ الطلاق، ولم يتصل به ذكر العدد؛ فبقي قوله: أنت طالق، وهو عامل بنفسه في وقوع الطلاق؛ ألا ترى أنه لو قال لامرأته: أنتِ طالق، يريد أن يقول ثلاثًا، فأخذ رجل فاه فلم يقل شيئاً بعد ذكر الطلاق؛ تقع واحدة؛ لأن الوقوع بلفظه لا بقصده.

وفائدة وضع المسألة في غير الموطوءة مع أن الموطوءة كذلك: بيان أن تأثير هذا الإيجاب ما لم يظهر في ملك واهٍ، وهو ملك [٤٣١/ب] النكاح قبل الدخول، فلأن لا يظهر في ملك مؤكد بالدخول أولى. كذا في الفوائد الظهيرية.

(لما بينا)، وهو: أن المحل فات قبل ذكر العدد.

(وهذه)؛ أي: المسائل الثلاث.

(تجانس ما قبلها)؛ أي: من أول الفصل إلى هنا من حيث التعليل، وهو أن المحل فات عند الإيقاع.

ولها مناسبة خاصة؛ كقوله: أنت طالق ثلاثًا قبل الدخول بها؛ إذِ الواقع هو العدد فيهما.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٨٩).

(وَلَو قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً، قَبلَ وَاحِدَةٍ، أَو بَعدَهَا وَاحِدَةٌ وَقَعَت وَاحِدَةٌ) وَالأَصلُ: أَنَّهُ مَتَى ذَكَرَ شَيئَينِ وَأَدخَلَ بَينَهُمَا حَرفَ الظَّرفِ إِن قَرَنَهَا بِهَاءِ الكِنَايَةِ كَانَ صِفَةً لِلمَذكُورِ آخِرًا كَقَولِهِ: جَاءَنِي زَيدٌ قَبلَهُ عَمرٌو، وَإِن لَم يَقرِنهَا بِهَاءِ الكِنَايَةِ كَانَ صِفَةً لِلمَذكُورِ أَوَّلًا كَقَولِهِ: جَاءَنِي زَيدٌ قَبلَ عَمرو، وَإِيقَاعُ الطَّلَاقِ فِي المَاضِي إِيقَاعٌ فِي الحَالِ، لِأَنَّ الإِسنَادَ لَيسَ فِي وُسعِهِ فَالقَبلِيَّةُ فِي قَولِهِ: أَنتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً قَبلَ وَاحِدَةٍ صِفَةٌ لِلأُولَى فَتَبِينُ بِالأُولَى فَلَا تَقَعُ الثَّانِيَةُ، وَالبَعدِيَّةُ فِي قَولِهِ: بَعدَهَا وَاحِدَةٌ، صِفَةٌ لِلأَخِيرَةِ فَحَصَلَت الإِبَانَةُ بِالأُولَى **(وَلَو قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً قَبلَهَا وَاحِدَةٌ** .....

لكن الأَولى من حيث الصورة؛ لأنه ثمة يقع، وهاهنا لم يقع.

ثم لأصحاب الشافعي فيما إذا ماتت قبل ذكر العدد ثلاثة أوجه:

أحدها -وهو اختيار المزني-: أنه تقع واحدة في المسألة الأولى، وفي قصد الثنتين ثنتين، وفي قصد الثلاث الثلاث؛ لأن قوله: أنت طالق مع قصد الطلاق الثلاث أو الثنتين يقتضي وقوع ما قصد به.

وثانيها: أنه تقع واحدة بقوله: أنت طالق؛ لوقوع لفظ الطلاق الثلاث بعد الموت وخروجها عن المحلّية.

وثالثها: أنه لا يقع شيءٌ؛ كقولنا؛ لأن الكل كلام واحد لا يفصل بعضه عن بعض، واختار صاحب التهذيب الوجه الأول(١).

قال البوشنجي: الذي تقتضيه الفتوى أن نقول: إن نوى الثلاث بقوله: أنت طالق، وقصد تحقيقه به؛ تقع الثلاث، وإن لم يقصد؛ فلا تقع واحدة(٢).

وكذا في موته الأوجه الثلاثة(٣). كذا في شرح الوجيز(٤).

قوله: (ولو قال: أنتِ طالق واحدة قبل واحدة) إلى آخره.

اعلم أن عندنا: في "قبل"؛ معتبرًا بكنايته.

---

(١) التهذيب في فقه الإمام الشافعي (٦/ ٣٤).

(٢) انظر: حاشية الشرواني على تحفة المحتاج (٨/ ٥١)، مغني المحتاج (٤/ ٤٧٩).

(٣) انظر: أسنى المطالب (٣/ ٢٨٧)، مغني المحتاج (٤/ ٤٧٩).

(٤) انظر: العزيز شرح الوجيز (١٤/ ٧١٥).

تَقَعُ ثِنتَانِ) لِأَنَّ القَبلِيَّةَ صِفَةٌ لِلثَّانِيَةِ، لِاتِّصَالِهَا بِحرفِ الكِنَايَةِ فَاقتَضَى إِيقَاعَهَا فِي المَاضِي وَإِيقَاعَ الأُولَى فِي الحَالِ، غَيرَ أَنَّ الإِيقَاعَ فِي المَاضِي إِيقَاعٌ فِي الحَالِ أَيضًا فَيَقتَرِنَانِ فَيَقَعَانِ، (وَكَذَا إِذَا قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٍ بَعدَ وَاحِدَةٍ يَقَعُ ثِنتَان) لِأَنَّ البَعدِيَّةَ صِفَةٌ لِلأُولَى فَاقتَضَى إِيقَاعَ الوَاحِدَةِ فِي الحَالِ وَإِيقَاعَ الأُخرَى قَبلَ هَذِهِ فَتَقتَرِنَانِ فَيَقَعان (وَلَو قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً مَعَ وَاحِدَةٍ، أَو مَعَهَا وَاحِدَةٌ تَقَعُ ثِنتَانِ) لِأَنَّ كَلِمَةَ مَعَ لِلقِرَانِ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ فِي قَولِهِ: مَعَهَا وَاحِدَةٌ أَنَّهُ تَقَعُ وَاحِدَةٌ(*) لِأَنَّ الكِنَايَةَ تَقتَضِي سَبقَ المُكَنَّى عَنهُ لَا مَحَالَةَ، (وَفِي المَدخُولِ بِهَا تَقَعُ ثِنتَانِ فِي الوُجُوهِ كُلِّهَا) لِقِيَامِ المَحَلِّيَّةِ بَعدَ وُقُوعِ الأُولَى (وَلَو قَالَ لَهَا: «إِن دَخَلتِ الدَّارَ فَأَنتِ طَالِقٌ

و "بعد" بالكناية؛ تقع واحدة.

وفي "قبل" بالكناية و "بعد" بغير الكناية؛ تقع ثنتان. وبه قال مالك.

وعند الشافعي في "قبل" بالكناية وجهان: أحدهما أنه لا يقع شيء، والثاني أنه تقع واحدة.

وفي "بعد" بغير الكناية تقع واحدة كما في "قبل" بغير الكناية فعنده تقع في الصور الأربع واحدة[١].

قوله: (تقتضي سبق المُكَنَّى عنه) بسبق الوقوع أيضًا، فإذا وقعت لم يبقَ المحل فلا تقع الثانية.

وبقول أبي يوسف قال الشافعي في وجه وهو اختيار المزني، والأظهر من قوله: أنه تقع تطليقتان كقولهما؛ لأن المعية تنافي السبق في الوجوه كلها؛ أي: مع ذكر قبل وبعد بالكناية وغيرها. وبه قال الشافعي في المشهور[٢].

(لقيام المحلية) إلى آخره.

قيل: هو أن هذا الجواب مشكل في قوله: أنت طالق واحدة قبل واحدة؛ فإن كون الشيء قبل غيره لا يقتضي وجود ذلك الغير على ما ذكر محمد في الزيادات.

(*) الراجح: قول الطرفين.

(١) انظر: نهاية المطلب (١٤/ ١٨١)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (٨/ ٨١).

(٢) انظر: نهاية المطلب (١٤/ ١٨١)، الوسيط (٥/ ٤٠٨).

وَاحِدَة وَوَاحِدَة فَدَخَلَت وَقَعَت عَلَيهَا وَاحِدَةٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: تَقَعُ ثِنتَانِ[*]،

ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مِّن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾ [المجادلة ٣]، وقوله تعالى: ﴿لَنَفِدَ ٱلۡبَحۡرُ قَبۡلَ أَن تَنفَدَ كَلِمَٰتُ رَبِّي﴾ [الكهف ١٠٩]، وقوله عليه السلام: «**خلِّلوا أصابعَكُم قبلَ أن تخلِّلها نارُ جهنم**»[١].

وجوابه مذكور في أصول الجامع الكبير. كذا في الفوائد الظهيرية.

ومن جملة مسائل قبل وبعد ما قيل منظومًا: رجل علق الطلاق بشهر قبل ما بعد قبله رمضان.

والضابط فيه وفيما إذا كان جميع ما ذكر قبل، كما إذا قال: في شهر قبل ما قبل قبله رمضان أو بعد، كقوله: بعدما بعد بعده رمضان، أو ذكرا معًا؛ أن ينظر: فإن كانا مذكورين، كما في البيت؛ فيلقى قبل ببعد، فيبقى شهر قبله رمضان؛ فيقع في شوال، وفي بعد ما قبل بعده رمضان؛ يقع في شعبان.

وإن كان المذكور محض قبل؛ كأن قال: قبل ما قبل قبله رمضان؛ يقع في ذي الحجة، وإن كان المذكور بعدًا محضًا كأن قال: بعدما بعد بعده رمضان؛ يقع في جمادى الآخرة. ويقاس عليه.

قوله: (**وقعت عليها واحدة عند أبي حنيفة**). وبه قال الشافعي في وجه، وقال أبو نصر من أصحابه: وهو أقيس[٢].

[(**وقالا**) أي: أبو يوسف ومحمد

(**تقع ثنتان**) وبه قال الشافعي في وجه][٣] وهو اختيار القاضي أبي

(*) الراجح: قول الصَّاحبين.

(١) أخرجه الدارقطني (١/ ١٦٦، برقم ٣١٧) من حديث عائشة أم المؤمنين مرفوعا بلفظ «**خلِّلوا بين أصابعِكُم، لا يخلّلَ اللهُ تعالى بينها بالنَّارِ**»، قال ابن الملقن: وفي إسناده عمر بن قيس، قال البخاري: منكر الحديث. وقال الدارقطني: ضعيف. البدر المنير (٢/ ٢٣٠)
وأخرجه الدارقطني (١/ ١٦٦، برقم ٣١٨) من حديث أبي هريرة مرفوعا بلفظ «**خلِّلوا بين أصابعِكُم لا يخلّلها اللهُ عزَّ وجلَّ يومَ القيامةِ في النَّارِ**»، قال ابن حجر: إسناده واهٍ جدًّا، الدراية (١/ ٢٤).

(٢) حلية العلماء (٧/ ٥٨).

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

وَلَو قَالَ لَهَا: «أَنتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً إن دَخَلتِ الدَّارَ» فَدَخَلَتْ طَلُقَت ثِنتَينِ) بِالِاتِّفَاقِ. لَهُمَا: أَنَّ حَرفَ الوَاوِ لِلجَمعِ المُطلَقِ، فَتَعَلَّقنَ جُملَة كَمَا إذَا نَصَّ عَلَى الثِّنتين أو أَخَّرَ الشَّرطَ.

وَلَهُ: أَنَّ الجَمعَ المُطلَقَ يَحتَمِلُ القِرَانَ وَالتَّرتِيبَ، فَعَلَى اعتِبَارِ الأَوَّلِ تَقَعُ ثِنتَانِ، وَعَلَى اعتِبَارِ الثَّانِي لَا تَقعُ إلَّا وَاحِدَةٌ، كَمَا إذَا نَجَّزَ بِهَذِهِ اللَّفظَةِ، فَلَا يَقَعُ

الطيب[١]، وهو قول: مالك[٢]، وأحمد[٣]، وربيعة، والليث بن سعد، وابن أبي ليلى؛ لأن حرف الجمع كلفظ الجمع عندهم.

قوله: **(أو أخّر الشرط)**، وهذا لا يتعلق بالشرط كالملفوظ لذي الشرط، والواو لمطلق الجمع لا للترتيب، وصار موجب الكلام الاجتماع؛ لأن الثانية ناقصة فشاركت الأولى، والأولى تعلقت بلا واسطة فكذا الثانية، وهذا لأنه في الحال تكلم بالطلاق وليس بطلاق، فلو حصل الترتيب لصار في التكلم بالطلاق لا في صيرورته طلاقًا، كما إذا حصل التعليق بشروط يتخللها أزمنة.

وإذا كان موجبه الاجتماع لا يتغير بالواو؛ فيعقب حمله كما عُلقت، والمسألة مذكورة في الأصول.

(كما إذا أنجز) بأن قال: أنت طالق واحدة وواحدة؛ تقع واحدة بالاتفاق، وبه قال الشافعي[٤].

وقال أحمد[٥]، وربيعة، وابن أبي ليلى، ومالك[٦]: تقع الثلاث؛ لما بينّا أن الجمع بحرف [٤٣٢/أ] الجمع كالجمع بلفظ الجمع عندهم؛ لأن المعلق بالشرط كالملفوظ لذي الشروط؛ فلذلك اعتبر بالمنجز.

فإن قيل: ينتقض هذا الأصل بما لو قال لغير الموطوءة: إن دخلتِ الدار

---

(١) انظر: التهذيب في فقه الإمام الشافعي (٦/ ٤٥)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (١٠/ ١٧١).
(٢) انظر: التاج والإكليل لمختصر خليل (٥/ ٣٣٤)، شرح مختصر خليل للخرشي (٤/ ٤٩).
(٣) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٣/ ١٢٤)، المغني لابن قدامة (٧/ ٤٨٢).
(٤) انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ١٩١).
(٥) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٣/ ١٢٤)، المغني لابن قدامة (٧/ ٤٨٢).
(٦) انظر: التاج والإكليل لمختصر خليل (٥/ ٣٣٤)، شرح مختصر خليل للخرشي (٤/ ٤٩).

الزَّائِدُ عَلَى الوَاحِدَةِ بِالشَّكِّ، ....

فأنت طالق واحدة لا بل اثنتين، أو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة ونصف، فدخلت؛ تقع ثنتان، وعند زفر: تطلق ثلاثًا، ولو كان المعلق كالمنجز ينبغي أن تقع واحدة واحدة.

قلنا: الواو للعطف المطلق، وذا لا يختلف بالتعليق والتنجيز، أما في هذه المسألة إنما كان كذلك؛ لأن (بل) للاستدراك بإقامة الثاني مقام الأول، وقد صحَّ ذلك لبقاء المحل بعد ما تعلق الأول بالشرط، فتعلق الثنتان بالشرط بلا واسطة كالأولى، فصار كأنه أعاد الشرط في حق الثنتين عملًا بموجب (لا بل) بخلاف ما لو نجز بقوله: (لا بل)؛ لأنها بانت بالأولى فلم تبق محلًّا للثنتين، وهو قوله: أنت طالق واحدة ونصف اسم واحد كقولنا: أحد وعشرين؛ لأنه لا يقدر أن يعبر عن واحدة ونصف أو جزء من هذا؛ فكان تعليقًا على الجمع. كذا في المبسوط[١].

وفيه: وعلى هذا الخلاف لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، وأنت عليَّ كظهر أمي ووالله لا أقربك، ثم دخلَتْ؛ طلُقَتْ وسقط الظهار والإيلاء عند أبي حنيفة؛ لأن تعليقهما بالشرط بواسطة الطلاق فيسبق الطلاق فتبين لا إلى عدة، فلم يبق محل الإيلاء والظهار.

وعندهما: مطلق مظاهر مولى كما في الطلاق[٢].

وعلى هذا الخلاف إذا قال لأجنبية: إن تزوجتكِ فأنتِ طالق وطالق وطالق فتزوجها؛ لا تقع إلا واحدة عنده، وعندهما تقع الثلاث.

ولو قال: إن تزوجتكِ فأنتِ طالق وأنتِ عليَّ كظهر أمي، فتزوجها؛ طلقَتْ، ولم يَصِر موليًا مُظاهرًا عنده، خلافًا لهما[٣].

ولو قدم الظهار والإيلاء على الطلاق بأن قال: إن تزوجتك فأنت عليَّ كظهر أمي، والله لا أقربك وأنت طالق يقع الطلاق والظهار جميعًا بالإجماع[٤].

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٢٨).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٢٨).
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢٣٠).
(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢٣٠).

بِخِلَافِ مَا إِذَا أَخَّرَ الشَّرطَ، لِأَنَّهُ مُغَيِّرٌ صَدْرَ الكَلَامِ فَيَتَوَقَّفُ الأَوَّلُ عَلَيهِ فَيَقَعنَ جُملَة، وَلَا مُغَيِّرَ فِيمَا إِذَا قَدَّمَ الشَّرطَ فَلَم يَتَوَقَّف. وَلَو عَطَفَ بِحَرفِ الفَاءِ فَهُوَ عَلَى هَذَا الخِلَافِ فِيمَا ذَكَرَ الكَرخِيُّ، وَذَكَرَ الفَقِيهُ أَبُو اللَّيثِ: أَنَّهُ يَقَعُ وَاحِدَة بِالِاتِّفَاقِ، لِأَنَّ الفَاءَ لِلتَّعقِيبِ، وَهُوَ الأَصَحُّ.

قوله: (**بخلاف ما إذا أخّر الشرط**)؛ لأن الشرط (**يغير صدر الكلام**)؛ يعني: التعليق حمله وإن كان متفرقًا ضرورة كضرورة حاجتهم إلى تدارك الغلط، فإن وضع الشرط والاستثناء لتدارك الغلط، فإن الطلاق والعتاق مما يجري على اللسان غلطًا من غير القصد، فوضع الشرط والاستثناء في الكلام لتدارك الغلط، وذلك عند تأخير الشرط لا تقديمه، فوجب العمل بحقيقة الوضع عند التقديم، وهذا معنى قول المصنف: (**ولا مغير فيما إذا قدم الشرط فلم يتوقف**).

قوله: (**ذكر الكرخي**)، وفي المبسوط: الطحاوي مكان الكرخي؛ فإنه جعل العطف بالواو والفاء على السواء، وقال: إن حرف العطف يجعلهما كلامًا واحدًا فيعلّقا كما في صورة الواو.

وسواء قدَّم الشرط أو أخره عندهما، خلافًا له.

(**وهو**)؛ أي: الاتفاق أصح؛ لأن الفاء للعطف على التعقيب لغة، لا مطلق العطف، فيقتضي التعليق على التعقيب كما علّقت، وبالأولى تبين فلم تقع الثانية. كذا في المبسوط.

وفيه: لو قال: إن دخلتِ الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق في المدخولة تُعلَّق الأولى ووقعت الثانية والثالثة، وفي غير المدخولة؛ تقع واحدة في الحال ويلغو ما سوى ذلك عنده[(١)].

وعندهما، والشافعي[(٢)]، ومالك[(٣)]، وأحمد[(٤)]: تتعلق الثلاث بالشرط

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٢٩).
(٢) انظر: التهذيب (٦/ ٤٥)، روضة الطالبين (٨/ ٨٠).
(٣) انظر: التاج والإكليل (٥/ ٣٣٤)، منح الجليل (٤/ ٩٣).
(٤) انظر: الهداية للكلوذاني (ص: ٤٤١)، الإقناع للحجاوي (٤/ ٢٠).

(وَأَمَّا الضَّربُ الثَّانِي . وَهُوَ الكِنَايَاتُ . لَا يَقَعُ بِهَا الطَّلَاقُ إِلَّا بِالنِّيَّةِ أَو بِدَلَالَةِ الحَالِ) لِأَنَّهَا غَيرُ مَوضُوعَة لِلطَّلَاقِ، بَل تَحتَمِلُهُ وَغَيرَهُ فَلَا بُدَّ مِن التَّعيِينِ أَو دَلَالَتِهِ. قَالَ: (وَهِيَ عَلَى ضَربَينِ: مِنهَا ثَلَاثَةُ أَلفَاظ يَقَعُ بِهَا الطَّلَاقُ الرَّجعِيُّ وَلَا يَقَعُ بِهَا إِلَّا

سواء قدَّم الشرط أو أخره في المدخولة وغيرها.

وعند وجود الشرط إن كانت مدخولة؛ تقع الثلاث، وإلا؛ تطلق واحدة، والمسألة مذكورة في الأصول.

وأما الضرب الثاني من الكنايات

لما ذكر أحكام الصريح شرع في بيان الكنايات.

وقدَّم الصريح؛ إذْ هو الأصل في الكلام.

والكناية: من الكنيت والكنون، كما بين في الأصول.

قوله: (أو بدلالة الحال)؛ إذْ هي دليلٌ على المراد، كما في البيع بالدراهم المطلقة يصرف إلى غالب نقد البلد بدلالة الحال.

وكذا لو أطلق النية في الحج؛ يُصرف إلى الفرض بدلالة الحال؛ ولهذا جعل أحمد دلالة الحال مقام النية في جميع الكنايات سواء في حالة الغضب أو لا(١).

وقال الشافعي: لا يقع الطلاق بشيءٍ من الكنايات في حالة الغضب وغيره بلا نية من الزوج والمرأة(٢).

وعندنا تكفي نية الزوج؛ لاحتمال إرادة غير الطلاق منها في جميع الأحوال، فلا يعتبر دلالة الحال.

وقال مالك: يقع الطلاق بلا نية في الكنايات الظاهرة، كقوله: بائن، بتة وحرام، فإذا قال: ما نويت الطلاق؛ لا يصدق؛ لأن ظاهرها في الطلاق.

[٤٣٢/ب] وكذا لفظ السراح والفراق عند مالك ليسا من الصريح ولكنهما

---

(١) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٣/ ١١٥)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٥/ ٣٩٩).
(٢) انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ١٥٥)، نهاية المطلب (١٤/ ٦٦).

وَاحِدَةٌ، وَهِيَ قَوْلُهُ: اعتَدِّي، وَاستَبرِئِي، رَحِمَكِ، وَأَنتِ وَاحِدَةٌ) أَمَّا الأُولَى: فَلِأَنَّهَا تَحتَمِلُ الِاعتِدَادَ عَن النِّكَاحِ، وَتَحتَمِلُ اعتِدَادَ نِعَمِ اللَّهِ تَعَالَى، فَإِن نَوَى الأَوَّلَ تَعَيَّنَ بِنِيَّتِهِ فَيَقتَضِي طَلَاقا سَابِقا وَالطَّلَاقُ يُعقِبُ الرَّجعَةَ.

وَأَمَّا الثَّانِيَةُ: فَلِأَنَّهَا تُستَعمَلُ بِمَعنَى الِاعتِدَادِ، لِأَنَّهُ تَصرِيحٌ بِمَا هُوَ المَقصُودُ مِنهُ

من الكنايات الظاهرة، كقوله: بائن؛ حتى لا تحتاج إلى لفظ النية[(١)].

وعند الشافعي: هما من الصريح، وقد مرَّ البحث فيهما في أول باب إيقاع الطلاق[(٢)].

وفي الحلية يحتاج إلى النية كما قال الشافعي في غير حال سؤال الطلاق والغضب؛ فلا تقع بلا نية في الكل.

وعندنا: يقع بها الطلاق في حال مذاكرة الطلاق كما يقع بالنية، وحال مذاكرة الطلاق سؤال الطلاق إلا في قوله: حبلكِ على غاربكِ واعتدّي واستبرئِي وتقنّعي.

قوله: (أما الأولى)؛ أي قوله: اعتدِّي، أنثه على تأويل الكلمة.

قوله: (فإن نوى الأول)؛ أي: الاعتداد من النكاح، والطلاق يعقب الرجعة، وفي النوادر: هذا استحسان، والقياس: أن يكون بائنًا كما في سائر الكنايات، وإنما استحسنا لحديث سَوْدَةَ[(٣)] وهو معروف. كذا في جامع قاضي خان.

والقول بالاقتضاء والرجعة إذا كان قاله بعد الدخول، أما إذا كان قاله قبل الدخول جعل قوله: "اعتدِّي" مقام قوله: "كوني طالقًا" بطريق الاستعارة، استعارة الحكم لسببه المخصوص به. وهذا البحث بتمامه مذكور في الأصول.

(وأما الثانية) وهي قوله: استبرئي، وفي اللغة: استبراء الجارية: طلب براءة رحمها من الولد، ذكر في المغرب[(٤)].

---

(١) انظر: جامع الأمهات (ص: ٢٩٦)، شرح مختصر خليل للخرشي (٤/ ٤٤).
(٢) انظر: حلية العلماء (٧/ ٣١).
(٣) يعني أنه - ﷺ - قال لها: «اعتدّي ثم راجعها». فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٦٢).
(٤) المغرب في ترتيب المعرب (ص: ٣٨).

فَكَانَ بِمَنزِلَتِهِ، وَتَحتَمِلُ الِاستِبرَاءَ لِيُطَلِّقَهَا، وَأَمَّا الثَّالِثَةُ: فَلِأَنَّهَا تَحتَمِلُ أَن تَكُونَ نَعتًا لِمَصدَر مَحذُوف مَعنَاهُ: تَطلِيقَةٌ وَاحِدَةٌ، فَإِذَا نَوَاهُ جُعِلَ كَأَنَّهُ قَالَهُ، وَالطَّلَاقُ يُعقِبُ الرَّجعَةَ، وَيَحتَمِلُ غَيرَهُ وَهُوَ أَن تَكُونَ وَاحِدَةً عِندَهُ أَو عِندَ قَومِهِ، وَلَمَّا احتَمَلَت هَذِهِ الأَلفَاظُ الطَّلَاقَ وَغَيرَهُ تَحتَاجُ فِيهِ إِلَى النِّيَّةِ وَلَا تَقَعُ إِلَّا وَاحِدَةٌ لِأَنَّ قَولَهُ: أَنتِ طَالِقٌ فِيهَا مُقتَضى أَو مُضمَرٌ، وَلَو كَانَ مُظهَراً لَا تَقَعُ بِهَا إِلَّا وَاحِدَةٌ، فَإِذَا كَانَ مُضمَرًا

(فكان)؛ أي: لفظ الاستبراء.

(بمنزلته)؛ أي: بمنزلة الاعتداد في حق إثبات الرجعة لا في حق احتمال الاعتداد بنعم الله، وإنما يحتاج إلى النية؛ لأن قوله: استبرئي رحمك يحتمل أن يكون معناه: اطلبي براءة رحمك حتى تعلمين أنها فارغة عن الولد أم لا، فلو كانت فارغة أطلقك وإلا فلا، فلو كانت نيته هذا لا يقع الطلاق.

ولو كانت نيته: الاعتداد عن النكاح؛ يقع الطلاق سابقًا كما في اعتدّي؛ فلذلك احتاج إلى النية.

قوله: (مقتضى)؛ أي في قوله: اعتدِّي واستبرئي رحمك.

(أو مضمر)؛ أي في قوله: أنتِ واحدةٌ، كان تقديره أنت طالق طلقة واحدة.

وعند الشافعي لا يقع شيء بقوله: أنتِ واحدةٌ، وإن نوى؛ لأنه نعت للمرأة، وليس فيه احتمال معنى الطلاق أصلًا[١].

وقلنا: إذا نوى يقع؛ لأنه أمكن حمل كلام العاقل على الفائدة فيحمل عليه. كذا في المبسوط[٢].

[ولكن ذكر في شرح الوجيز: جعل قوله أنت واحدة من ألفاظ الكنايات الجلية][٣].

وعند أبي حامد من: الخفية[٤]؛ فكان مخالفًا لما ذكره في المبسوط.

---

(١) انظر: مغني المحتاج (٤/ ٤٧٩).

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٧٥).

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٤) انظر: العزيز في شرح الوجيز (١٤/ ٥٥٦).

أَولَى، وَفِي قَولِهِ: «وَاحِدَةٌ» إن صَارَ المَصدَرُ مَذكُورًا، لَكِنَّ التَّنصِيصَ عَلَى الوَاحِدَةِ يُنَافِي نِيَّةَ الثَّلَاثِ، وَلَا مُعتَبَرَ بِإِعرَابِ الوَاحِدَةِ عِندَ عَامَّةِ المَشَايِخِ، هُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّ العَوَامَّ لَا يُمَيِّزُونَ بَينَ وُجُوهِ الإِعرَابِ.

قَالَ: (وَبَقِيَّةُ الكِنَايَاتِ إِذَا نَوَى بِهَا الطَّلَاقَ كَانَت وَاحِدَة بَائِنَة، وَإِن نَوَى ثَلَاثًا كَانَت ثَلَاثًا، وَإِن نَوَى ثِنتَينِ كَانَت وَاحِدَةً بائنةً، وَهَذَا مِثلُ قَولِهِ: أَنتِ بَائِنٌ، وَبَتَّةٌ، وَبَتلَةٌ، وَحَرَامٌ، وَحَبلُكِ عَلَى غَارِبِكِ، وَالحَقِي بِأَهلِكِ، وَخَلِيَّةٌ، وَبَرِيَّةٌ، وَوَهَبتُكِ لِأَهلِكِ وَسَرَّحتُكِ وَفَارَقتُكِ، وَأَمرُكِ بِيَدِكِ، وَاختَارِي، وَأَنتِ حُرَّةٌ، وَتَقَنَّعِي، وَتَخَمَّرِي، وَاستَتِرِي، وَاغرُبِي، وَاخرُجِي، وَاذهَبِي، وَقُومِي، وَابتَغِي الأَزوَاجَ) لِأَنَّهَا تَحتَمِلُ الطَّلَاقَ وَغَيرَهُ فَلَا بُدَّ مِن النِّيَّةِ.

وعند زفر بقوله: أنت واحدة؛ تقع بائن كما في سائر الكنايات.

قوله: (وهو الصحيح) هذا احتراز عن قول بعض المشايخ؛ حيث قالوا: إنما يقع الطلاق بقوله: أنت واحدة إذا نصبها؛ ليكون صفة للطلقة، ولو رفعها لا يقع؛ لكونها صفة للمرأة.

وقيل: هو قول محمد.

وعند أبي يوسف: يقع الطلاق في الأحوال كلها؛ لأن عند نية الطلاق يُعلم أن غرضه نعت الطلاق؛ لكن أخطأ في الإعراب، وإذا أسكن الإعراب اختلفَ المشايخ فيه. ذكر في مبسوط فخر الإسلام[١].

وقال بعضهم: لو نصب الواحدة يقع الطلاق بلا نية؛ لأنها لا تصلح نعتًا للمرأة، فتعين أنها نعت للطلقة.

وقلنا: لا تصح الواحدة وإن انتصبت كما تصلح نعتًا للطلقة تصلح نعتًا للمرأة؛ ألا ترى أنه يستقيم: أنت ضاربه ضربة واحدة، وإذا كان كذلك لا يقع بغير نية. كذا في الفوائد الظهيرية[٢].

قوله: (واحدة بائنة)، وعند الشافعي: تقع واحدة رجعية بعد الدخول.

---

(١) انظر: تبيين الحقائق (٢/ ٢١٦).
(٢) انظر: تبيين الحقائق(٢/ ٢١٦).

قَالَ: (إِلَّا أَن يَكُونَ فِي حَالِ مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ فَيَقَعُ بِهَا الطَّلَاقُ فِي القَضَاءِ، وَلَا يَقَعُ فِيمَا بَينَهُ وَبَينَ اللَّهِ تَعَالَى إِلَّا أَن يَنوِيَهُ). قَالَ ﷺ: سَوَّى بَينَ هَذِهِ الأَلفَاظِ وَقَالَ: وَلَا يُصَدَّقُ فِي القَضَاءِ إِذَا كَانَ فِي حَالِ مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ، قَالُوا: وَهَذَا فِيمَا لَا يَصلُحُ رَدًّا وَالجُملَةُ فِي ذَلِكَ أَنَّ الأَحوَالَ ثَلَاثَةٌ: حَالَةٌ مُطلَقَةٌ وَهِيَ حَالَةُ الرِّضَا، وَحَالَةُ مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ، وَحَالَةُ الغَضَبِ.

وَالكِنَايَاتُ ثَلَاثَةُ أَقسَامٍ: مَا يَصلُحُ جَوَابًا وَرَدًّا، وَمَا يَصلُحُ جَوَابًا لَا رَدًّا، وَمَا يَصلُحُ جَوَابًا وَسَبًّا وَشَتِيمَة. فَفِي حَالَةِ الرِّضَا لَا يَكُونُ شَيءٌ مِنهَا طَلَاقًا إِلَّا بِالنِّيَّةِ، فَالقَولُ قَولُهُ فِي إِنكَارِ النِّيَّةِ لِمَا قُلنَا، وَفِي حَالَةِ مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ لَا يُصَدَّقُ فِيمَا يَصلُحُ جَوَابًا، وَلَا يَصلُحُ رَدًّا فِي القَضَاءِ مِثلُ قَولِهِ: «خَلِيَّةٌ، بَرِيَّةٌ، بَائِنٌ، بَتَّةٌ، حَرَامٌ، اعتَدِّي أَمرُكِ بِيَدِكِ، اختَارِي»؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ مُرَادَهُ الطَّلَاقُ عِندَ سُؤَالِ الطَّلَاقِ،

قوله: (**سوى**)؛ أي القدوري أو محمد في الجامع.

(**بين هذه الألفاظ**)؛ أي: ألفاظ الكنايات.

(**ما يصلح جوابًا وردًا**) وهو سبعة؛ أي: من المذكورات في الكنايات: اخرجي، اذهبي، قومي، تقنّعي، اغربي، تخمّري، فصلاحية الرد فيها أن يرد الزوج قولها بسؤال الطلاق.

ففي قوله: اخرجي، اذهبي، وقومي، واغربي؛ أي: اخرجي واتركي سؤال الطلاق، وكذا في: اذهبي وقومي واغربي.

وفي القدرية: "اغربي" بالغين والراء وبالعين والراء.

وأما تقنّعي فمن القناعة، وقيل: من القناع وهو الخمار، ومعنى الرد فيه أن ينوي: اقنعي بما رزقك الله من أمر المعيشة، أو اتركي سؤال الطلاق واشتغلي بالتقنع الذي هو أهم لك من سؤال الطلاق؛ إذْ كشف رأسك يشينك والتقنع يزينك.

وكذا قوله: استبرئي وتخمَّري؛ لأنهما من الستر والخمار.

قوله: (**لأن الظاهر أن مرادَهُ [٤٣٣/أ] الطلاق**)، والقاضي مأمورٌ باتباع الظاهر، ولأن كلامه جواب لسؤالها الطلاق، والسؤال يصير مفادًا في الجواب؛

وَيُصَدَّقُ فِيمَا يَصلُحُ جَوَابا وَرَدًّا مِثلُ قَولِهِ: اذهَبِي، أُخرُجِي، قُومِي، تَقَنَّعِي، تَخَمَّرِي وَمَا يَجرِي هَذَا المَجرَى لِأَنَّهُ يَحتَمِلُ الرَّدَّ وَهُوَ الأَدنَى فَحُمِلَ عَلَيهِ.

وَفِي حَالَةِ الغَضَبِ يُصَدَّقُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ لِاحتِمَالِ الرَّدِّ وَالسَّبِّ، إِلَّا فِيمَا يَصلُحُ لِلطَّلَاقِ وَلَا يَصلُحُ لِلرَّدِّ وَالشَّتمِ كَقَولِهِ: اعتَدِّي وَاختَارِي وَأَمرُك بِيَدِك، فَإِنَّهُ لَا يُصَدَّقُ فِيهَا لِأَنَّ الغَضَبَ يَدُلُّ عَلَى إِرَادَةِ الطَّلَاقِ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ فِي قَولِهِ: ....

ولهذا لو قال: لي عليك ألف درهم؟ فقال: (نعم) كان إقرارًا بالمال، وكذا لو قال: أعتقتَ عبدكَ؟ فقال: (نعم) يكون إقرارًا بالعتق.

قوله: (وما يجري هذا المجرى) مثل قوله استبرئي واغربي.

قوله: (وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك)؛ أي: فيما يصلح جوابًا ولا يصلح ردًّا، وفيما يصلح جوابًا وردًّا.

(لاحتمال الرد) في السبعة المذكورة مثل: اخرجي، إلى آخره.

ولاحتمال **(السب)** في الخمسة المذكورة في أوائل الثمانية، وهي: خلية، إلى آخره.

فإن قوله: أنت خلية، برية، بائن، بتة، حرام، فالخلية والبرية: تحتمل النسبة إلى الشر؛ أي: خلية من الخير، وبرية من حُسن الخلق أو أفعال المسلمين، بتة؛ أي: لا أصل لك بائن من الخيرات، حرام الصُّحبة والعشيرية لسوء خلقك.

قوله: (إلا فيما يصلح للطلاق) استثناء من قوله: **(يصدق في جميع ذلك)** إلا في هذه الثلاثة.

(لأن الغضب يدل على إرادة الطلاق)؛ ألا ترى أن من قال لغيره في حال الرضا: لستَ لأبيكَ لا يكون قاذفًا، ولو قالها في حالة الغضب يكون قاذفًا.

قوله: (وعن أبي يوسف) إلى آخره.

ألحق أبو يوسف خمسة أخرى وهي: "خليتُ سبيلكِ، ولا سبيل لي عليكِ، وفارقتكِ، ولا ملك لي عليكِ، والحقي بأهلكِ" بتلك الخمسة التي تحتمل السّب؛ لأن فيها معنى السّب أيضًا.

لَا مِلكَ لِي عَلَيك وَلَا سَبِيلَ لِي عَلَيك وَخَلَّيتُ سَبِيلَكِ وَفَارَقتُكِ، أَنَّهُ يُصَدَّقُ فِي حَالَةِ الغَضَبِ لِمَا فِيهَا مِن احتِمَالِ مَعنَى السَّبِّ.

فإن **قوله: (لا ملك لي عليكِ)**؛ أي: أنكِ أقل من أن أملككِ أو أنسبكِ إلى نفسي بالملك.

(ولا سبيل لي عليكِ)؛ لسوء خلقك واجتماع أنواع الشر فيكِ.

(وخليتُ سبيلكِ): كراهة مني لصحبتكِ، ولا ألتفت إليكِ بعد هذا لسوء خلقكِ.

(فارقتك)؛ أي: في المسكن لسوء خلقكِ.

والحقي بأهلكِ بمعنى: فارقتكِ.

ولما كانت هذه الألفاظ تحتمل معنى السب باعتبار سوء الخلق إذا لم يُرد به الطلاق في حالة الغضب يُدَيَّنُ في القضاء. كذا في جامع شمس الأئمة والمحيط[1] والفوائد.

ثم اعلم أن الخمسة الملحقة برواية أبي يوسف بالخمسة المذكورة في ظاهر الرواية: رواية هذا الكتاب، ورواية الجامع الصغير لشمس الأئمة، ورواية الإيضاح، وغيرها.

فأما رواية جامع فخر الإسلام ورواية الفوائد الظهيرية؛ فالخمسة المروية عن أبي يوسف ملحقة بالألفاظ الثلاثة التي لا يُدَيَّنُ الزوج في حالة الغضب أيضًا كما لا يُدَيَّن في مذاكرة الطلاق وهي: اعتدِّي، اختاري، أمركِ بيدكِ.

ثم الكنايات على نوعين: كناية في إنشاء الطلاق، كقوله: أنتِ بائن، وحرامٌ، ونحوهما.

وكناية في تفويض الطلاق؛ كقوله: اختاري، وأمرك بيدك؛ فإنه لا يكون الأمرُ بيدها في هذين اللفظين إلا بنية الزوج الطلاق، ولا يقع الطلاق بهما إلا بعد قول المرأة: طلقتُ نفسي، أو اخترتُ، وهما من باب الكنايات باعتبار معنًى آخر غير الطلاق من: اختيار الدخول والخروج والطبخ والخبز.

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣/ ٢٣٢).

....

التفريعات

وفي مختصر الكرخي: قال أبو حنيفة: "لا سبيل لي عليكِ، ولا ملك لي عليكِ، واعتد، وتقنّعي، واستبرئي، واخرجي، واذهبي، وقومي، وتزوجي، ولا نكاح لي عليكِ" يديّن في الغضب؛ لأن هذه الألفاظ تذكر للإبعاد، وحالة الغضب يبعد الإنسان الزوجة.

وكذا في حالة ذكر الطلاق؛ فإن قوله: "لا سبيل لي عليكِ" احتمل لا سبيل لي على طلاقكِ، ولا ملك لي على طلاق، وهذا يذكر ويراد به الامتناع عن الطلاق.

ولفظ "انتقلي وانطلقي" كقوله: الحقي بأهلك.

وفي قوله: "وهبتكِ لأهلكِ"؛ يقع الطلاق إذا نوى قبولها أولًا. وبه قال الشافعي[1]؛ لأن الهبة تقتضي زوال الملك، والقبول يحتاج إليه للدُخول في ملك الموهوب له، وبضعها لا يملكه أهلها؛ فلم يحتج إلى القبول.

وعن أحمد[2] والنخعي إن قبلوها؛ فواحدة بائنة، وإلّا؛ فرجعية، ومثله عن علي.

وروى الحسن عن أبي حنيفة لو قال: وهبتكِ لأهلكِ، أو لأبيكِ، أو لابنكِ، أو للأزواج؛ فهو طلاق؛ لأن المرأة تُرَدُّ على هؤلاء بالطلاق عادة.

ولو قال: وهبتكِ لأخيكِ أو لأختكِ أو لخالتكِ، أو لعمتكِ أو لفلان الأجنبي، أو نحو ذلك؛ لم يكن طلاقًا وإن نوى.

وقال الشافعي: بالنية يقع كما في الأول؛ لأنها لا ترد بالطلاق على هؤلاء[3].

---

(١) انظر: البيان للعمراني (١٠/ ٩٣)، روضة الطالبين (٨/ ٣٧).

(٢) انظر: مسائل الإمام أحمد رواية ابنه عبد الله (ص: ٣٦٦)، الهداية على مذهب الإمام أحمد (ص: ٤٢٣).

(٣) انظر: البيان للعمراني (١٠/ ٩٣).

....

وفي المبسوط: لو قال: اذهبي وبيعي ثوبك ونوى الطلاق؛ لا يقع عند [٤٣٣/ب] أبي يوسف.

وعند زفر يقع ذكره في اختلاف زفر ويعقوب، وبه قال الشافعي؛ لأن قوله: "اذهبي" كناية؛ فتعمل فيه نية الطلاق، وقوله: "وبيعي ثوبك" مشورة؛ فلا يتغير به حكم اللفظ الأول.

ولأبي يوسف أن معنى قوله: اذهبي لتبيعي ثوبك، فكان تصريحه بخلاف المنوي؛ فلهذا لا تعمل نيته[(١)].

في المُحيط: ما يصلح جوابًا وردًّا مثل قوله: اخرجي، واذهبي، واغربي، وقومي، وتقنعي، واستبرئي، وأنت حرة، وحبلكِ على غاربكِ، ووهبتُكِ لأهلكِ، وخليتُ سبيلكِ، وفارقتكِ، وسرَّحتكِ، ولا مِلكَ لي عليكِ، ولا سبيل لي عليك، والحقي بأهلكِ، وأفلحي، واذهبي[(٢)].

تقول العرب: أفلح عني؛ أي اذهب عني.

وفي جامع التمرتاشي: في الأجناس لو قال: تنحّ عني تقع واحدة إذا نوى.

وفي اختلاف أبي حنيفة: قال: لا حاجة لي فيكِ، أو لا أريدكِ، أو لا أحبكِ، أو لا أشتهيكِ، أو لا رغبة لي فيكِ؛ لم تقع وإن نوى. في قول أبي حنيفة، وقال ابن أبي ليلى: يقع في قول "لا حاجة لي فيكِ" إذا نوى[(٣)]، وبه قال الشافعي[(٤)]، وفي التفاريق عن ابن سلام: يكون ثلاثًا إذا نوى.

ولو قال: "فسخت النكاح" ونوى الطلاق، فعن أبي حنيفة: إن نوى ثلاثًا؛ فثلاث، والرواية هكذا عن محمد أنه بائن إن نوَى الطلاق.

وفي جامع برهان قال: لم يبقَ بيني وبينك عمل ونوى الطلاق لا يقع، وفي

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٧٨).
(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣/ ٢٣٣).
(٣) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى (ص: ٢٠٥).
(٤) انظر: الأم للشافعي (٥/ ٢٦٠)، روضة الطالبين (٨/ ٢٧).

....

فتاوى الفضلي خلافه[١].

وفي التفاريق: قيل في قوله: "لم يبقَ بيني وبينِكِ شيءٌ"؛ أنه لا يصح، ولو قال: "أربعة طرق عليكِ مفتوحة"؛ لا يقع، وإن نوى [ما][٢] لم يقل: خذي أيَّ طريق شئت.

وفي اللآلي: وهكذا عن محمد[٣].

وفي النظم: قال أسد: قال محمد وقال ابن سلام: أخاف أن تقع ثلاث لمعاني كلام الناس، ولو قال: أنا بريء من طلاقك؛ يقع رجعي إن نوى، ولو قال: من نكاحك يقع بائن. قاله ابن سلام[٤].

ولو قال: نجوتِ مني ونوى بائن، ولو قال: تركتُ طلاقكِ؛ تقع إذا نوى.

وكذا في خليت طلاقك؛ أي: سبيل طلاقك.

ولو قال: برئت إليك من طلاقك؛ تقع، ولو لم يقل "إليك" فحتى نوى.

وقيل: لا يقع فيهما. وهو الصحيح.

ذكر بكر: لا نص في قوله "برئتُ من طلاقك"، وقال الإسكاف: لا يقع[٥]، وبه قال الشافعي[٦].

وقال ابن سلام والهندواني: يقع، وهو الأصح. وبه قال البوشنجي من أصحاب الشافعي[٧].

وفي قوله: "أعرتُكِ طلاقكِ" لا رواية لها.

وعن أبي يوسف: يقع، خلافًا لمحمد.

---

(١) انظر: البحر الرائق (٣/ ٣٢٨).
(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) انظر: البحر الرائق (٣/ ٣٢٨).
(٤) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٦٧).
(٥) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣/ ٢٣٦).
(٦) انظر: أسنى المطالب (٣/ ٢٧٤)، مغني المحتاج (٤/ ٤٥٩).
(٧) انظر: روضة الطالبين (٨/ ٣٣).

....

وفي النوازل عن أبي حنيفة: يصيرُ الطلاق بيدها؛ لأنه ملَّكها منافع الطلاق[١].

وفي قوله: "وهبتك طلاقك" لم يروَ عن المتقدمين فيه شيء، وقالوا: يجب ألا يقع[٢].

وفي قوله لآخر: "[احمل][٣] إليها طلاقها" أو "أخبرها به"؛ طلقت في الحال؛ لأن الحمل لا يتحقق قبل وجود الطلاق[٤].

وفي التعويذ: "خذي طلاقَكِ" أو "وهبتكِ طلاقَكِ"[٥] أو "أقرضتُكِ"؛ يقع[٦].

وفي المرغيناني: لو قال: وهبتكِ طلاقًا[٧]؛ قال المتأخرون: لا [يقع][٨]، وقيل: يقع[٩].

ولو [قال][١٠] بعتك طلاقك، فقالت: اشتريت؛ يقع رجعيًّا. وبه قال مالك[١١].

وقال أحمد والثوري: لا يقع[١٢].

ونحن نعتبره بالهبة.

---

(١) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٦٦).
(٢) انظر: المحيط البرهاني (٣/ ٢١٠).
(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٤١).
(٥) في (تصحيح القدوري) نقل عن قاضي خان وهبتك طلاقك الصحيح فيه: الوقوع. النهر الفائق (٢/ ٣٢٢).
(٦) انظر: المحيط البرهاني (٣/ ٢١٠).
(٧) في الأصل: (دهنتك طلاقًا طلاقا) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٨) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٩) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٦٧).
(١٠) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(١١) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي (٤/ ٤٥).
(١٢) انظر: كشاف القناع (٥/ ٢٥٨).

....

ولو قال: "أبحتُك طلاقكِ"؛ لا يقع، وإن نوى[(١)].

وفي المبسوط: لو قال لها: أنت عليَّ كالميتة أو لحم الخنزير أو الخمر ونوى الطلاق؛ يقع[(٢)]. وبه قال الشافعي[(٣)].

وفي الكافي: قال لامرأته: هذه أختي أو ابنتي أو أمي من الرضاع، وثبت عليه؛ فُرِّق بينهما، ولو قال: أخطأتُ أو غلطتُ أو أوهِمْتُ أو نسيتُ؛ لم يصدَّق قياسًا؛ لأنه أقر بالتحريم، ويصدق استحسانًا لأن هذا إيجاب بالتحريم؛ فلا يقع إلا بقرينة وهي الدوام بأن يقول: ما قلته حق[(٤)].

[ولو][(٥)] قال لامرأته: "هذه بنتي من نسب" [ولها نسب معروف؛ لم يُفَرَّق لأن الظاهر يكذبه[(٦)].

وكذا لو قال: "هي أمي" والأم معروفة ولو لم يكن لها نسب معروف][(٧)] ومثلها يولد لمثله وثبت عليه؛ فرّق، وكذا لو قال: هي أختي[(٨)] [وأمي][(٩)].

ولو قال: أعتقكِ؛ طلقت بالنية.

وفي المحيط: لو قالت: "هبْ لي طلاقي"؛ أي: أعرض عنه، فقال: "وهبت طلاقك"؛ لا يقع، وإن نوى، ولو قال: "أعرضتُ عن طلاقكِ" أو "صفَحْتُ"؛ لم يقع، وإن نوى. وكذا الصلح بمعنى الإعراض. وبه قال الشافعي[(١٠)].

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٥/ ٣٦٥).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٧٢).
(٣) انظر: المهذب للشيرازي (٣/ ١٣).
(٤) انظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٦٦).
(٥) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٦) بدائع الصنائع (٤/ ٥٢).
(٧) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٨) فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٦٧).
(٩) السياق يقتضي أن ما بين المعكوفتين مكررة؛ لكن أثبتناها لوجودها بالأصول.
(١٠) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣/ ٤٧٦).

....

ولو قال: طلقَكِ الله، أو لعبده: أعتقَكَ الله؛ وقعَا بلا نية[١]. وبه قال الشافعي[٢].

ولو قال: طلاقُكِ عليَّ واجب، أو لازم، أو ثابت، أو فرض، أو طلاقك عليَّ؛ تكلموا فيه، قيل: تقع واحدة رجعية. وبه قال أصحاب الشافعي[٣].

وفي قوله: لازم أو واجب؛ تقع عند الجميع.

وقيل: لا يقع شيء، وهو رواية عن أبي حنيفة.

وقيل: عند أبي حنيفة؛ يقع، خلافًا [٤٣٤/أ] لهما.

إلا في قوله: لازمٌ؛ فإنه يقع به[٤].

وقال أكثر أصحاب الشافعي: يقع بلا نية؛ لأنه بمنزلة الصريح[٥].

ومع النية يقع عند جميعهم. وبه قال مالك، وأحمد.

وقيل: على عكسه.

وقيل في قوله: "واجب"؛ يقع بلا نية.

والصحيح: أنه يقع في الكل[٦].

بخلاف ما لو قال لعبده: "عتقك عليَّ لازم" أو "واجب"؛ لا يعتق.

ولو قال: "قولي أنا طالق"؛ تطلق إذا قالت، وإذا لم تقل؛ لا[٧].

ولو قال: "نساء أهل الري طوالق" وهو من أهل الري، أو قال: "نساء أهل الدنيا" أو "عبيد أهل الدنيا أحرار"؛ يقع بالنية، وبه أخذ عصام بن يوسف وعليه الفتوى، وعن محمد: يقعان بلا نية، وبه أخذ الشدّاد[٨]، وبه قال

---

(١) انظر: الجوهرة النيرة (٢/ ٣٥).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٨/ ٣٣)، تحفة المحتاج (٤/ ٢٢١).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٨/ ٣٣).

(٤) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ٣٤)، المحيط البرهاني (٣/ ٢٠٩).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٨/ ٣٣).

(٦) انظر: البناية شرح الهداية (٥/ ٣٦٦).

(٧) انظر: الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٣٩).

(٨) انظر: المحيط البرهاني (٣/ ٢١٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٦٦).

....

الشافعي[١].

ولو قال: "أنتِ طالق" ونوى؛ يقع، وإلّا؛ فلا.

ولو قال: يا طالِ بكسر اللام يقع بلا نية، وهذا كله في حالة الرضا.

وفي حالة مذاكرة الطلاق؛ يقع، وإن لم يذكر اللام مكسورًا.

ثم وقوع الطلاق بلفظ الصريح أو الكناية عندنا. وبه قال الشافعي، وأحمد.

وعن مالك: أنه يقع الطلاق بكل لفظ أراد به الطلاق سواء كان من ألفاظ الصريح أو الكناية أم لا، حتى قيل في رواية عنده: أنه يقع الطلاق بالنية وإن لم يتلفظ باللفظ.

ثم كل لفظ يحتمل معنى الإزالة فهو من الكناية عند أصحاب الشافعي فيقع الطلاق به بالنية، وبه قال أحمد.

وفي شرح مختصر الكرخي: لو كتب طلاق امرأته في كتاب أو لوح أو حائط أو أرض وكان مستبينا؛ فهو بمنزلة الكلام المُكَنَّى؛ حتى لا يقع به شيء بلا نية[٢]. وبه قال: الشافعي[٣]، ومالك[٤].

وقال أحمد: يقع بلا نية؛ لأن الكنايات كالخطاب[٥].

وقلنا: إن الإنسان قد يكتب ويريد الإيقاع، وقد يكتب لتجويد الخط؛ فلا يُحمل على الإيقاع بلا نية. هذا إذا كتب لا على طريقة المخاطبة.

أما لو كتب الخطاب أو الرسالة، مثل أن يقول: أما بعد يا فلانة فأنتِ طالق، أو إذا وصل كتابي إليك فأنتِ طالق؛ فإنه يقع بذلك ولا يصدق في عدم

---

(١) انظر: أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٣/ ٢٧٧).
(٢) انظر: الجوهرة النيرة (٢/ ٣٩).
(٣) انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ١٦٩)، فتح المعين (ص: ٥١١).
(٤) انظر: البيان والتحصيل (٥/ ٣٧١)، منح الجليل (٤/ ٩١).
(٥) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٣/ ١٢٠)، الشرح الكبير (٨/ ٢٨١).

ثُمَّ وُقوعُ البَائِنِ بِمَا سِوَى الثَّلَاثَةِ الأُوَلِ مَذهَبُنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَقَعُ بِهَا رَجعِيًّا لِأَنَّ الوَاقِعَ بِهَا طَلَاقٌ، لِأَنَّهَا كِنَايَاتٌ عَنِ الطَّلَاقِ، وَلِهَذَا تُشتَرَطُ النِّيَّةُ وَيُنتَقَصُ بِهِ العَدَدُ، وَالطَّلَاقُ ....

القصد به إلا أن يقول: نويت طلاقًا من وثاق فيصدَّق ديانة[(١)].

ثم الطلاق يقع عقيب الكناية على طريق الخطاب إذا لم يعلقه بشيء، أما لو علقه بأن قال: إذا وصل إليكِ كاتبي فأنت طالق؛ فالطلاق لا يقع بدون الوصول إليها كما لو علقه بدخول الدار وغيره.

وقالوا في من كتب كتابًا على وجه الرسالة وقال فيه: إذا وصل إليك كتابي فأنتِ طالق، ثم محى ذكر الطلاق منه وأنفد الكتاب وسطره باق؛ وقع الطلاق، ولو محاه في الكتاب حتى لم يبقَ فيه كلام يكون رسالة؛ لم يقع وإن وصل؛ لعدم وجود الشرط وهو وصول الكتاب[(٢)]. وبه قال: أصحاب الشافعي[(٣)]، ومالك[(٤)]، وأحمد[(٥)].

قوله: (وقال الشافعي: يقع بها)؛ أي: بألفاظ الكنايات.

(رجعيًّا) إذا لم يرد به الثلاث[(٦)].

وبقولنا قال: مالك[(٧)]، وأحمد في ورواية إذا لم يُرِد الثلاث[(٨)].

والمسألة مختلفة بين الصحابة: فقال عمر وابن مسعود: الواقع بها رواجع، وقال علي وزيد ابن ثابت: الواقع بها بوائن. والمسألة مستقصاة في الأصول، وقد بينا الوجه من الجانبين في بيان الوصول في شرح الأصول.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٠٩).
(٢) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٠٩).
(٣) انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ١٧٠).
(٤) انظر: البيان والتحصيل (٥/ ٣٧٢).
(٥) انظر: كشاف القناع (٥/ ٣٠١).
(٦) انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ١٦٠)، المهذب للشيرازي (٣/ ١٠).
(٧) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة (٢/ ٥٧٦)، التاج والإكليل (٥/ ٣٢٥).
(٨) انظر: الهداية على مذهب الإمام أحمد (ص: ٤٢١)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٣/ ١١٦).

مُعقِبٌ لِلرَّجعَةِ كَالصَّرِيحِ. وَلَنَا: أَنَّ تَصَرُّفَ الإِبَانَةِ صَدَرَ مِن أَهلِهِ مُضَافًا إِلَى مَحِلِّهِ عَن وِلَايَة شَرعِيَّة، وَلَا خَفَاءَ فِي الأَهلِيَّةِ وَالمَحَلِّيَّةِ، وَالدَّلَالَةُ عَلَى الوِلَايَةِ أَنَّ الحَاجَةَ مَاسَّةٌ إِلَى إِثبَاتِهَا كَي لَا يَنسَدَّ عَلَيهِ بَابُ التَّدَارُكِ وَلَا يَقَعُ فِي عُهدَتِهَا بِالمُرَاجَعَةِ مِن غَيرِ قَصد، وَلَيسَت كِنَايَات عَلَى التَّحقِيقِ، لِأَنَّهَا عَوَامِلُ فِي حَقَائِقِهَا، وَالشَّرطُ تَعيِينُ أَحَدِ نَوعَي البَينُونَةِ دُونَ الطَّلَاقِ، وَانتِقَاصُ العَدَدِ لِثُبُوتِ الطَّلَاقِ بِنَاء عَلَى زَوَالِ الوَصلَةِ، وَإِنَّمَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلَاثِ فِيهَا لِتَنَوُّعِ البَينُونَةِ إِلَى غَلِيظَة ....

قوله: (معقب للرجعة) بالنص، وهو قوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ﴾ [البقرة ٢٢٩]، أو بقوله ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة ٢٢٨] بعد قوله ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة ٢٢٩].

قوله: (صدر من أهله)، وهو الزوج؛ لأنه لا يملك تصرف البينونة؛ ولهذا إذا أخذ العوض يقع البائن بالإجماع، أو أوقع الثلاث تبين بالإجماع، فعلم أن الإبانة مملوكة للزوج وإلا لم يجز الاعتياض عنه.

(مضافًا إلى محله)؛ أي: محل التصرف، وهو المرأة، ولا خلاف في ذلك.

قوله: (والشرط تعيين) جواب سؤال مقدَّر، وهو أن يقال: لما لم تكن كنايات على الحقيقة كانت صريحة؛ إذْ ألفاظ الطلاق لا تخلو عنهما على ما مرَّ؛ فينبغي أن لا تشترط النية.

فقال: النية شرط لا باعتبار أنها تحتمل معانٍ أخر سوى الطلاق، وهي: البينونة عن الخيرات أو غيرها؛ فاشتراطها لتعيين الطلاق، ثم بعد تعيين جانب الطلاق تصير عاملة بحقائها؛ إذِ الحقيقة حقيق بأن تراد.

قوله: (وانتقاص العدد) إلى آخره؛ جوابٌ عمَّا قال الشافعي بقوله: وينتقص به؛ يعني انتقاص العدد باعتبار وصلة النكاح، ومنه يلزم وقوع الطلاق.

قوله: (وإنما تصح نيّة الثلاث) جواب سؤال أيضًا، وهو أن: البائن لو كان عاملًا بنفسه ينبغي ألا تصح نية الثلاث كما في قوله: "أنت طالق" عندكم.

[٤٣٤/ب] فقال: صحة نية الثلاث باعتبار **(تنوع البينونة إلى غليظة وخفيفة)** لا باعتبار أنه عامل بنفسه.

وَخَفِيفَة، وَعِندَ انعِدَامِ النِّيَّةِ يَثبُتُ الأدنى، (وَلَا تَصِحُّ نِيَّةُ الِثنَتَينِ عِندَنَا خِلَافًا لِزُفَرَ) لِأَنَّهُ عَدَدٌ، وَقَد بَيَّنَّاهُ مِن قَبلُ.

(وَإِن قَالَ لَهَا: اعتَدِّي اعتَدِّي اعتَدِّي وَقَالَ: نَوَيت بِالأُولَى طَلَاقًا وَبِالبَاقِي حَيضًا دُيِّنَ فِي القَضَاءِ) لِأَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلَامِهِ، وَلِأَنَّهُ يَأمُرُ امرَأَتَهُ فِي العَادَةِ بِالِاعتِدَادِ بَعدَ الطَّلَاقِ فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لَهُ (وَإِن قَالَ: لَم أَنوِ بِالبَاقِي شَيئًا فَهِيَ ثَلَاثٌ) لِأَنَّهُ لَمَّا نَوَى بِالأُولَى الطَّلَاقَ صَارَ الحَالُ حَالَ مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ، فَتَعَيَّنَ

قوله: (خلافًا لزفر)، وبه قال: الشافعي[١]، ومالك[٢]، وأحمد في الكنايات الخفية[٣]؛ لأن وقوع الطلاق بنيته، فصار قوله: أنتِ بائن كقوله: أنتِ طالق، ولو نوى ثنتين فيه تصح نيته عندهم فكذا هذا.

ونحن بينّا أن قوله: "أنتِ بائن" لا يحتمل العدد؛ لأنه فرد، وكذا قوله: طالق.

(وقد بيناه من قبل)؛ أي: في أوائل باب إيقاع الطلاق بقوله: (ونحن نقول إنما صحت به نية الثلاث؛ لكونه جنسًا) إلى آخره.

قوله: (دين في القضاء)، وبه قال: الشافعي[٤]، ومالك[٥]، وأحمد.

قوله: (فهي ثلاث) وبه قال أحمد.

وقال زفر والشافعي ومالك: تقع واحدة؛ لما أن عندهم لا يتعين قوله: "اعتدّي" للطلاق في حال مذاكرة الطلاق؛ فيحتاج إلى النية.

فإن قيل: ينبغي أن لا يقع؛ لأن الكلام متى أمكن حمله على الحقيقة لا يحمل على المجاز وإن كانت الحقيقة على خلاف العادة؛ لما عُرف في مسألة لا أشرب الماء، وشرب جميع المياه؛ لا يحنث أبدًا، وهاهنا أمكن حمله عليه لمكان العدة على وجه لا يخالف العادة؛ فالأولى أن لا يقع.

قلنا: لما صار الطلاق مرادًا بقوله: اعتدّي؛ فكان خاطرًا بالبال، فيحمل

---

(١) انظر: تكملة المجموع للمطيعي (١٧/ ١٢٣).
(٢) انظر: بداية المجتهد (٣/ ٩٧).
(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٣٩٤).
(٤) انظر: أسنى المطالب (٣/ ٢٨٨).
(٥) انظر: مواهب الجليل (٤/ ٥٣).

الْبَاقِيَانِ لِلطَّلَاقِ بِهَذِهِ الدَّلَالَةِ فَلَا يُصَدَّقُ فِي نَفْيِ النِّيَّةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: لَمْ أَنْوِ

الباقي عليه، وإنما يحمل على الحقيقة لخطرانها بالبال، وما كان أشد خطرًا كان أولى بالحمل عليه، وفيه نوع تأمل.

وفي مسألة الشرب ليس فيه داع يدعو إلى المجاز؛ فيحمل على الحقيقة، إليه أشير في الفوائد الظهيرية.

قوله: **(فلا يصدَّق)**؛ أي: قضاء؛ لأنه خلاف الظاهر، وتخفيفا عليه.

أما يصدق ديانة؛ لأنه نوى محتمل كلامه.

وكذا لو قال: أنتِ طالق وطالق وطالق، وقال: نويت بهن واحدة؛ لا يصدق قضاء، ويصدق ديانة، ويحمل الثاني والثالث على التكرار. كذا في جامع البرهاني.

وعند الشافعي: يصدق قضاءً أيضًا.

قال الإمام السرخسي وقاضي خان: المسألة على اثني عشر وجهًا:

أحدها، أن يقول: لم أنو الطلاق بشيء منها، فكان القول له مع اليمين. وبه قال الشافعي وأحمد.

والثاني: نويتُ بالأولى ولم أنو بالباقي شيئًا.

وقال: لم أنو بالثالثة شيئاً وهو الثالث، وفيه خلاف زفر والشافعي كما بينا.

أو نويت بكلها الطلاق فهي ثلاثٌ بالإجماع. وهو الرابع.

والخامس، إذا قال: نويت بالأولى الطلاق وبالباقي لا؛ فهو كما قال قضاءً وديانة بالإجماع.

والسادس، أن يقول: نويت بالأولى والثانية الطلاق والثالث الحيض يُدّين قضاءً بالإجماع.

والسابع، أن يقول: نويت بالأولى الطلاق، وبالثالثة الحيض، ولم أنو بالثانية شيئًا، أو قال: نويت بالأولى الطلاق، وبالثانية الحيض، ولم أنوِ بالثالثة

بِالكُلِّ الطَّلَاقَ حَيثُ لَا يَقَعُ شَيءٌ، لِأَنَّهُ لَا ظَاهِرَ يُكَذِّبُهُ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: نَوَيت بِالثَّالِثَةِ الطَّلَاقَ دُونَ الأُولَيَينِ حَيثُ لَا يَقَعُ إِلَّا وَاحِدَة لِأَنَّ الحَالَ عِندَ الأُولَيَينِ لَم تَكُن حَالَ مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ، وَفِي كُلِّ مَوضِعٍ يُصَدَّقُ الزَّوجُ عَلَى نَفيِ النِّيَّةِ، إِنَّمَا يُصَدَّقُ مَعَ اليَمِينِ، لِأَنَّهُ أَمِينٌ فِي الإِخبَارِ عَمَّا فِي ضَمِيرِهِ، وَالقَولُ قَولُ الأَمِينِ مَعَ اليَمِينِ.

شيئاً؛ فإنها تطلق ثنتين في هذين الوجهين، وبه قال أحمد.

وعند الشافعي، وزفر، ومالك: في الأولى تطلق واحدة.

والتاسع، أن يقول: لم أنو بالأولى والثانية شيئًا، ونويتُ بالثالثة الطلاق؛ تقع واحدة بالإجماع.

والحادي عشر، أن يقول: لم أنو بالأولى شيئاً ونويت بالثانية الطلاق، ولم أنو بالثالثة شيئًا؛ فهي ثنتان عندنا وأحمد.

وعند زفر، والشافعي، ومالك: تقع واحدة.

والثاني عشر، لو قال: اعتدّي ثلاثًا، وقال: نويت بقولي اعتدِّي طلاقًا، وبالثلاث ثلاث حيض فهو كما قال بالإجماع.

وفي المبسوط: لو قال: اعتدِّي، ثم قال: لم أنوِ بهِ الطلاق؛ فهي امرأته بعد الحلف، وكذا في جميع ألفاظ الكنايات؛ فالقول قوله مع اليمين لنفي التهمة عنه[١]. وبه قال الشافعي[٢].

وقال مالك[٣] وأحمد[٤] في الكنايات الخفية كذلك لا في الظاهرة كما بينا، وفي حديث ركانة إشارة إلى ما ذكرنا؛ فإن القول قوله مع اليمين، والله أعلم.

---

(١) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٧٩).
(٢) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (١٤/ ٦٦).
(٣) انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٣/ ٩٧).
(٤) انظر: الإنصاف للمرداوي (٨/ ٤٨٧).

بَابُ تَفوِيضِ الطَّلَاقِ

فَصلٌ فِي الِاختِيَارِ

(وَإِذَا قَالَ لِامرَأَتِهِ: اختَارِي يَنوِي بِذَلِكَ الطَّلَاقَ أَو قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفسَك فَلَهَا أَن تُطَلِّقَ نَفسَهَا ....

باب تفويض الطلاق

(فصل في الاختيار)

لما ذكر بيان الطلاق بنفسه؛ إذْ هو الأصل، شرع في بيان الطلاق بنائبه.

قوله: (لأن المخيرة لها المجلس بإجماع الصحابة)(١) اعلم أن القياس يقتضي عدم وقوع شيء في قوله: اختاري، وإن نوى الزوج الطلاق؛ لأن التفويض إنما يصح فيما يملك الزوج مباشرته.

ولو قال الزوج: اخترت نفسي منك، أو اخترتك من نفسي؛ لا يقع شيء فلا يملك التفويض بهذا اللفظ.

لكن ترك القياس بإجماع الصحابة وآثارهم ﷺ، فروي عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وابن عمر وجابر وزيد وعائشة، فيه: أن لها الخيار ما دامت في مجلسها ذلك، فإذا قامت منه أو أخذت في عمل؛ خرج الأمر من يدها(٢).

وقد خير [٤٣٥/أ] النبي ﷺ نساءه بقوله: ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ﴾ [الأحزاب ٢٨].

والقياس: أن لا يبطل الخيار بالقيام عن المجلس؛ لأن التخيير من الزوج مطلق، فالمطلق فيما يحتمل التأبيد [يتأبد](٣) لكن ترك بآثار الصحابة كما روينا.

ولأن الخيار لها على النكاح من قبل الزوج يعتبر بخيار الطارئ لها من قبل الشرع وهو خيار المعتقة، وذا يتوقف بالمجلس؛ فكذا هذا. كذا في المبسوط(٤).

---

(١) انظر المتن ص (١٥٣).

(٢) انظر: مصنف عبد الرزاق الصنعاني (٦/ ٥٢٤)، مصنف ابن أبي شيبة (٤/ ٨٩)، المغني لابن قدامة (٧/ ٤٠٧).

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٤) المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ٢١١).

مَا دَامَت فِي مَجلِسِهَا ذَلِكَ، فَإِن قَامَت مِنهُ أَو أَخَذَت فِي عَمَل آخَرَ خَرَجَ الأَمرُ مِن يَدِهَا) لِأَنَّ المُخَيَّرَةَ لَهَا المَجلِسُ بِإِجمَاعِ الصَّحَابَةِ ﷺ أَجمَعِينَ، وَلِأَنَّهُ تَملِيكُ الفِعلِ مِنهَا، وَالتَّملِيكَاتُ تَقتَضِي جَوَابًا فِي المَجلِسِ كَمَا فِي البَيعِ، لِأَنَّ سَاعَاتِ المَجلِسِ

وبه قال الشافعي في الجديد(١)، ومالك(٢)، وأحمد(٣)، وأكثر العلماء(٤).

وقال الزهري، وقتادة، ومالك -في رواية-(٥)، والشافعي(٦): لا يقتصر على المجلس.

وكذا قال أحمد في الأمر باليد(٧).

قوله: (ما دامت في مجلسها)؛ يدل على أن المجلس وإن تطاول يومًا [أو](٨) أكثر لا يبطل خيارها؛ لأن المجلس قد يطول وقد يقصر. ذكره في المبسوط(٩).

وقوله: **(فإذا قامت منه أو أخذت في عمل آخر؛ خرج الأمر من يدها)**، وهذا المجموع قول الصحابة أيضًا كما ذكرنا.

(ولأنه)؛ أي **قوله**: (اختاري) أو (طلقي نفسك).

(تمليك الفعل منها)؛ يعني لا توكيلها؛ إذِ الوكيل عامل لغيره.

قوله: (تقتضي جوابًا في المجلس)؛ لأنه خطاب، فإذا أخذت في عمل آخر؛ بطل التفويض، وكذا لو خاضت في كلام آخر بطل التفويض أيضًا، قال تعالى: ﴿حَتَّىٰ يَخُوضُوا فِي حَدِيثٍ غَيْرِهِۦٓ﴾ [النساء ١٤٠] علم أن الخوض في عمل آخر بمنزلة الإعراض.

وليس بتوكيل؛ لأن الوكيل مَن يعمل لغيره، وهي عاملة لنفسها بأن تخلص نفسها عن ذل رق النكاح؛ بخلاف ما إذا قال لأجنبي: طلق امرأتي فإنه توكيل؛ لأنه عامل لغيره.

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ٥٨).
(٢) انظر: المدونة (٢/ ٢٧٣).
(٣) انظر: مختصر الخرقي (ص: ١١١).
(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٠٧).
(٥) انظر: مواهب الجليل (٤/ ٩٨).
(٦) انظر: مغني المحتاج (٤/ ٤٦٥).
(٧) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٠٣).
(٨) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٩) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢١١).

اعتُبِرَت سَاعَة وَاحِدَة، إلَّا أَنَّ المَجلِسَ تَارَة يَتَبَدَّلُ بِالذَّهَابِ عَنهُ وَتَارَة بِالِاشتِغَالِ بِعَمَل آخَرَ، إذ مَجلِسُ الأَكلِ غَيرُ مَجلِسِ المُنَاظَرَةِ وَمَجلِسُ القِتَالِ غَيرُهُمَا.

فإن قيل: إجماع الصحابة في أن الخيار يقتصر على المجلس بخلاف النص؛ لأنه عليه السلام قال لعائشة حين نزلت آية التخيير: «**فلا تجيبيني حتى تستأمِري أبويكِ**»[١] وأبواها ليسا بحاضرَين في المجلس، فهذا دليلٌ على أن الخيار لا يبطل بالقيام عن المجلس كما قال الشافعي في القديم.

قلنا: إحسان الظن بالصحابة فرض؛ لأنا تلقينا الشرع منهم فلا يجوز مخالفتهم بلا دليل، وهاهنا لا دليل؛ لأنه عليه السلام أثبت لها الخيار مُطلقًا ومنعها إلى غاية استشارتها الأبوين، وكلامنا فيما إذا كان التخيير مطلقًا ولم تتعرض السنة لمطلق[٢] التخيير؛ فيلزم تقليد الصحابة.

فإن قيل: يرد عليه شبه: أحدها: أن رب الدين إذا وكل المديون بإبراء ذمته؛ فهو وكيل وإن كان عاملًا لنفسه في إبراء ذمته مع أنه لا يقتصر على المجلس ويملك صاحب الدين قبل الإبراء الرجوع. ذكره في الجامع. وهاهنا لا يملك الزوج أن يرجع عندنا. وبه قال: مالك[٣]، وابن خيران من أصحاب الشافعي[٤].

وعند الشافعي[٥]، وأحمد[٦]: يملك الزوج الرجوع.

والثاني: أنها لو كانت مالكة بالتخيير ينبغي أن لا يبقى الزوج مالكًا؛ لاستحالة كون الشيء الواحد بجميع أجزائه ملكًا لشخصين في زمان واحد، والحال أن الزوج مالكٌ للطلاق بعد التخيير، فلا تكون هي مالكة؛ بل نائبة عن زوجها.

والثالثة كما ذكره محمد في الزيادات: قال لامرأته: طلقي نفسك، ثم

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ١٣٥، برقم ٢٤٦٨)، ومسلم (٢/ ١١٠٣، برقم ١٤٧٥).
(٢) في الأصل: (بلفظ)، وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٣) انظر: مواهب الجليل (٤/ ٩٩).
(٤) انظر: نهاية المطلب (١٤/ ٨٣).
(٥) انظر: منهاج الطالبين (ص: ٢٣١).
(٦) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٣/ ١١٩).

(وَيَبْطُلُ خِيَارُهَا بِمُجَرَّدِ القِيَامِ) لِأَنَّهُ دَلِيلُ الإِعرَاضِ، بِخِلَافِ الصَّرفِ وَالسَّلَمِ،

حلف ألا يطلقها، فطلّقت هي نفسها؛ حنث الزوج في يمينه، وإنما يحنث إذا كانت في تطليق نفسها بائنة عن الزوج لا مالكة[١].

قلنا: معنى المالك: هو القادر على التصرف؛ لأنه فاعلٌ من الملك: وهو القدرة، والتمليك يفتعل منه، فيكون هو الاقتدار على التصرف إلا أنه في الشرع: هو القادر على التصرف باختياره على وجه لا يلحقه إثم ولا خلف وعد في عدم فعله، وما وقع النزاع فيه بهذه المثابة.

بخلاف الوكيل؛ لأنه مأمور، وإذا لم يأتمر بما أمر به؛ يلزم فيه خلف الوعد أو الإثم.

والجواب في مسألة المديون: أنه مأمور ووكيل وإنما وقع تصرفه لنفسه، وصحة الرجوع لا تدل على أنه ليس بتمليك؛ فإن الهبة للأجنبي قبل القبض وبعده تمليك، ويقبل الرجوع.

وعند الشافعي: هبة الوالد وأمره تمليك يقبل الرجوع[٢].

وعدم صحة الرجوع في التخيير؛ لاشتماله معنى التعليق لا لكونه تمليكًا.

وفي مسألة اليمين؛ فالحنث ممنوع على رواية محمد. ذكر المنع في الزيادات[٣].

وأما قوله: لو كانت مالكة؛ فقلنا بقاء ملك الزوج في الطلاق؛ لبقاء ملكه في النكاح، وبالتمليك أثبت لها ولاية التصرف لا سلب ولاية تصرفه عن الطلاق؛ فإن سلب ولاية التصرف تبقى له ما دام سببه باقيًا كما في الوكالة بالبيع وسائر التصرفات. إليه أشير في الفوائد الظهيرية.

ثم إن كانت المرأة غائبة في قوله: طلقي واختاري؛ يعتبر [٤٣٥/ب] مجلس علمها إذا كان التفويض مطلقًا، ولو كان مقيدًا بأن قال لها: طلِّقي نفسكِ

---

(١) انظر: المحيط البرهاني (٤/ ٢٧١).
(٢) انظر: اللباب في الفقه الشافعي (ص: ٢٥٧).
(٣) انظر: المحيط البرهاني (٤/ ٢٧١).

لِأَنَّ المُفسِدَ هُنَاكَ الِافتِرَاقُ مِن غَيرِ قَبض، ثُمَّ لَا بُدَّ مِن النِّيَّةِ فِي قَولِهِ: اختَارِي لِأَنَّهُ يَحتَمِلُ تَخيِيرَهَا فِي نَفسِهَا وَيَحتَمِلُ تَخيِيرَهَا فِي تَصَرُّفٍ آخَرَ غَيرِهِ (فَإِن اختَارَت نَفسَهَا فِي قَولِهِ «اختَارِي» كَانَت وَاحِدَة بَائِنَة).

اليوم؛ فيعتبر مجلس العلم في هذا اليوم، فإذا مضى اليوم ثم علمت لم يبقَ في يدها شيء.

ولو قال: طلقي متى شئت؛ فلها أن تطلق نفسها في المجلس أو غيره؛ لأن "متى" لتعميم الزمان.

ولو قال لها: طلقي مرة؛ فلها أن تطلق نفسها مرة لا ثانيًا؛ لأن الأمر لا يقتضي التكرار. كذا في الفوائد.

قوله: (لابدَّ من النية)؛ أي: نية الطلاق.

(في قوله: اختاري لأنه يحتمل) يجوز أن يكون مراده اختاري نفقة أو كسوة أو دار السكنى، وفي الكلام المحتمل القول قوله مع يمينه؛ لكونه متهمًا كما في سائر الكنايات.

والواقع به طلاق بائن عندنا؛ لأنه من الكنايات. خلافًا للشافعي وقد مرَّ.

أما لو خيَّرها بعد ذكر الطلاق واختارت نفسها، ثم قال: لم أنو به الطلاق؛ لم يصدَّق في القضاء، وكذا في حالة الغضب. خلافًا للشافعي ومالك، وقد بيَّناه في الكنايات.

وكذا لا يسع للمرأة أن تقيم معه إلا بنكاح مستقبل.

قوله: (كانت واحدة بائنة) وهو قول علي[١].

وقال الشافعي: رجعية[٢]. وبه قال أحمد[٣]، وهو قول: عمر وابن مسعود[٤]. كما في سائر الكنايات.

---

(١) يقصد: أمير المؤمنين علي بن أبي طالب - رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ -. البناية شرح الهداية (٥/ ٣٧٥).
(٢) انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ١٧٤)، الوسيط في المذهب (٥/ ٣٨٢).
(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٠٤)، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل (٤/ ١٤).
(٤) أخرجه الترمذي (٢/ ٤٧٤، برقم ١١٧٩)، وابن حزم في المحلى (٩/ ٢٩١).

وَالقِيَاسُ: أَن لَا يَقَعَ بِهَذَا شَيءٌ، وَإِن نَوَى الزَّوجُ الطَّلَاقَ لِأَنَّهُ لَا يَملِكُ الإِيقَاعَ بِهَذَا اللَّفظِ فَلَا يَملِكُ التَّفوِيضَ إِلَى غَيرِهِ، إِلَّا أَنَّا استَحسَنَّاهُ لِإِجمَاعِ الصَّحَابَةِ ﷺ، وَلِأَنَّهُ بِسَبِيل مِن أَن يَستَدِيمَ نِكَاحَهَا أَو يُفَارِقَهَا فَيَملِكُ إِقَامَتَهَا مَقَامَ نَفسِهِ فِي حَقِّ هَذَا

وعند زيد ثلاث[١]، وكأنه حمل على إثم ما يكون من الاختيار. وبه قال مالك[٢] كما في سائر الكنايات.

وعمر وابن مسعود: حملاه على أدنى ما يكون منه وهو طلاق رجعي.

وجه قول علي: أن اختيارها لنفسها إنما يتحقق بزوال مِلك الزَوج حتى صارت [مالكة][٣] أمر نفسها، وذلك بالواحدة البائنة، وليس في هذا اللفظ ما يدلُّ على الثلاث؛ لأن حكم مالكيتها أمر نفسها لا يختلف بالثلاث والواحدة البائنة؛ ولهذا قلنا: لو نوى الثلاث بهذا اللفظ لا تقع إلا واحدة بائنة، وهذا رد المختلف على المختلف فإن [عند][٤] زيد ومالك: تقع ثلاث، نوى أو لم ينو.

وقوله: "اختاري"، أمرٌ بالفعل؛ فلا يحتمل العدد، بخلاف قوله: "أنتِ بائن"؛ لأن البينونة متنوعة كما بينا؛ فتصح نية الثلاث فيه باعتبار تنويعها.

أما هاهنا الاختيار لا يتنوع، فبقي مجرد نية العدد؛ فلا يصح. كذا في المبسوط[٥].

فإن قيل: لو قال لها: "أمرك بيدك" أو "طلقي نفسك" أو "أنت بائن"؛ تصح نية الثلاث، وهاهنا لا تصح مع أن فيها لفظ الأمر، مع أن الاختيار متنوع[٦] أيضًا، وهو الأدنى والأعلى كما قال زيد.

قيل في الفرق وجهان: أحدهما: ما ذكر في الإيضاح وشرح مختصر الكرخي: أن الوقوعَ بلفظ الاختيار على خلاف القياس، وإنما ثبت ذلك بإجماع

---

(١) أخرجه الترمذي (٢/ ٤٧٥)، وابن حزم في المحلّى (٩/ ٢٩١) وصححه.
(٢) انظر: المدونة (٢/ ٢٧١)، وإرشاد السالك (ص: ٦٩).
(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٥) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢١٢).
(٦) في الأصل: (مع أن فيها معنى الأمر أن الاختيار يسوغ)، وما أثبتناه من النسخة الثانية.

الحُكمِ، ثُمَّ الوَاقِعُ بِهَا بَائِنٌ، لِأَنَّ اختِيَارَهَا نَفسَهَا بِثُبُوتِ اختِصَاصِهَا بِهَا وَذَلِكَ فِي البَائِنِ (وَلَا يَكُونُ ثَلَاثًا وَإِن نَوَى الزَّوجُ ذَلِكَ) لِأَنَّ الِاختِيَارَ لَا يَتَنَوَّعُ، بِخِلَافِ الإِبَانَةِ، لِأَنَّ البَينُونَةَ قَد تَتَنَوَّعُ.

الصحابة، والإجماع انعقد بالطلقة الواحدة بخلاف تلك المسائل(١).

والثاني: ما أشار إليه شيخ الإسلام: بأن "الأمر" اسم عام يتناول كل شيء قال تعالى: ﴿وَٱلۡأَمۡرُ يَوۡمَئِذٖ لِّلَّهِ﴾ [الانفطار ١٩] أراد به الأشياء كلها؛ فيصلح اسمًا لكل فعل؛ فإذا نوى الطلاق صار كأنه قال: "طلاقكِ بيدكِ" و"الطلاق" يحتمل العموم والخصوص، وأما "الاختيار" اسم لفعل خاص، وهو: الخلوص والصفوة، وثبوت البينونة فيه مقتضى الصفوة؛ فلم تصح فيه نية العموم(٢).

فإذا حصلت لها بالاختصاص بنفسها فبعد ذلك لا تزداد هي بانضمام شيء آخر؛ بخلاف قوله: "طلّقي" فإن الطلاق له أجزاء؛ فيحتمل العموم والخصوص، وقوله: طلقي مختصر من قوله: "افعلي فعل الطلاق"؛ فكان محتملًا للعموم، وقوله: "أنتِ بائنٌ"، فإن البينونة نوعان على ما مرَّ؛ فيحتمل الأدنى والأعلى. وفيه نوع تأمل أيضًا.

ثم لو اختارت المرأة زوجها لا يقع به شيء عندنا. وبه قال الشافعي(٣)، وهو قول عمر وابن مسعود وأبو الدرداء وغيرهم(٤)، غيرُ علي.

فقالت عائشة: "**خيَّرَنا رسول الله ﷺ فاخترناه ولم يكن ذلك طلاقًا**"(٥).

وقال علي في رواية: "تقع رجعية"(٦)، وبه قال الحسن البصري

---

(١) بخلاف تلك المسائل: أي بائن ونحوه؛ لأن الوقوع مقتضى نفس الألفاظ ومقتضاها البينونة وهي متنوعة. فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٨٠).

(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٥/ ٣٧٦).

(٣) انظر: الأم للشافعي (٧/ ١٦٦)، والحاوي الكبير (١٠/ ١٧٤).

(٤) أخرجه الترمذي (٢/ ٤٧٤، برقم ١١٧٩).

(٥) أخرجه البخاري (٧/ ٤٣، برقم ٥٢٦٣)، ومسلم (٢/ ١١٠٤، برقم ١٤٧٧) بلفظ: «خيّرنا النبي ﷺ، أفكان طلاقا؟».

(٦) أخرجه الترمذي (٢/ ٤٧٤، برقم ١١٧٩)، وابن حزم في المحلى (٩/ ٢٩٢) وصححه.

قَالَ: (وَلَا بُدَّ مِن ذِكرِ النَّفسِ فِي كَلَامِهِ أَو فِي كَلَامِهَا، حَتَّى لَو قَالَ لَهَا: اختَارِي، فَقَالَت: قَد اختَرتُ فَهُوَ بَاطِلٌ) لِأَنَّهُ عُرِفَ بِالإِجمَاعِ وَهُوَ فِي المُفَسَّرَةِ مِن أَحَدِ الجَانِبَينِ، وَلِأَنَّ المُبهَمَ لَا يَصلُحُ تَفسِيرًا لِلمُبهَمِ الآخَرِ، وَلَا تَعيِينَ مَعَ الإِبهَامِ (وَلَو قَالَ لَهَا: اختَارِي نَفسَكِ فَقَالَت: اختَرتُ تَقَعُ وَاحِدَة بَائِنَة) ....

وربيعة[١]؛ فكأنه جعل عين هذا اللفظ طلاقًا.

وقال عليٌّ في رواية: "لا يقعُ به شيء"[٢] كما قلنا، وفيه روايتان.

قوله: **(ولا بدَّ من ذكر النفس في كلامه)** أو كلامًا يقَومُ مقام النفس كالتطليقة والاختيار؛ لورود الشرع **(في المفسرة من أحد الجانبين)**.

وفي المحيط: لابدَّ من ذكر النفس أو التطليقة أو الاختيارية في أحد الكلامين؛ لأن الاختيار محتملٌ للمعاني فلابدَّ له من تفسير، وهو ذكر النفس أو ما يدل عليها[٣].

لأن الاختيار عبارة عن الخلوص كما بينا؛ فإذا اختارت نفسها يقتضي خلوص نفسها لها، وذلك بوقوع طلقة بائنة.

وذكر النفس ليس بشرط عند الأئمة الثلاثة.

أما عند [٤٣٦/أ] مالك: فأي الكلام صدر منه مع النية؛ يقع به الطلاق وإن لم يشعر به[٤].

وأمَّا عند الشافعي[٥]، وأحمد[٦]: فلابدَّ أن يكون في كلامه أو جوابها ما يصرف [الكلام][٧] عند عدم ذكر النفس.

---

(١) انظر: المحلّى بالآثار (٩/ ٢٩٢).
(٢) انظر: الإشراف لابن المنذر (٥/ ٢٠٩)، والاستذكار لابن عبدالبر (٦/ ٣١)، والمغني لابن قدامة (٧/ ٤١٠).
(٣) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣/ ٢٦٠).
(٤) انظر: المدونة (٢/ ٢٧٦).
(٥) انظر: التهذيب في فقه الإمام الشافعي (٦/ ٤٠).
(٦) انظر: الشرح الكبير على متن المقنع (٨/ ٣١٤).
(٧) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

لِأَنَّ كَلَامَهُ مُفَسَّرٌ، وَكَلَامَهَا خَرَجَ جَوَابًا لَهُ فَيَتَضَمَّنُ إِعَادَتَهُ (وَكَذَا لَو قَالَ: اختَارِي اختِيَارَة فَقَالَت: اختَرتُ) لِأَنَّ الهَاءَ فِي الِاختِيَارَةِ تُنبِئُ عَنِ الِاتِّحَادِ وَالِانفِرَادِ، وَاختِيَارُهَا نَفسَهَا هُوَ الَّذِي يَتَّحِدُ مَرَّة وَيَتَعَدَّدُ أُخرَى فَصَارَ مُفَسَّرًا مِن جَانِبِهِ.

(وَلَو قَالَ: اختَارِي، فَقَالَت: قَد اختَرتُ نَفسِي، يَقَعُ الطَّلَاقُ إِذَا نَوَى الزَّوجُ) لِأَنَّ كَلَامَهَا مُفَسَّرٌ، وَمَا نَوَاهُ الزَّوجُ مِن مُحتَمَلَاتِ كَلَامِهِ (وَلَو قَالَ: اختَارِي فَقَالَت:

قوله: (لأن كلامه مفسر) إلى آخره؛ خرج جوابًا لسؤال مقدر، وهو أن يقال: إن قولها "اخترتُ" مُبهَم، والمبهَم لا يصلح مفسرًا لكلام غيره.

فقال جوابه: إن كلامها خرج جوابًا له؛ فيتضمن إعادة ما في السؤال.

(لأن الهاء)؛ أي: التاء سماها هاء؛ لتصورها بصورة الهاء، أو لكونها هاء عند الوقف.

(هو الذي يتحد مرة)؛ بأن قال: اختاري نفسك تطليقة واحدة.

(ويتعدد أخرى)؛ بأن قال: اختاري بثلاث تطليقات أو بما شئت.

ولو قال: اختاري، فقالت: اخترت اختيارة أو تطليقة؛ تقع لأن ذكر الاختيارة أو التطليقة لما صلح للنفس صار ذكرها كذكر النفس؛ فذكر النفس في أي الكلامين يكون مفسرًا؛ فكذا هذا.

ولو قالت: اخترت أبي أو أمي أو أهلي أو الأزواج بعد قول الزوج لها: اختاري؛ في القياس لا يقع شيء. وبه قال الشافعي في وجه[١]؛ لأنه لم يوجد في لفظهما ما يدل على اختيار البينونة.

وفي الاستحسان: يقع. وبه قال الشافعي في أصح الوجهين[٢]؛ لأن الزوج لو قال لها: الحقي بأهلكِ -يقع-[٣] ونوى الطلاق؛ يكون طلاقًا؛ فكذا اختيارها الانضمام إليهم اختيارًا للبينونة، واختيار الأزواج لا يصح إلا بعد المفارقة.

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ١٧٥)، المهذب للشيرازي (٣/ ١٢).
(٢) انظر: البيان للعمراني (١٠/ ٩٨)، روضة الطالبين (٨/ ٤٩).
(٣) أظنها زائدة لا يقتضيها السياق.

أَنَا أَخْتَارُ نَفسِي فَهِيَ طَالِقٌ) وَالقِيَاسُ: أَن لَا تَطلُقَ، لِأَنَّ هَذَا مُجَرَّدُ وَعد أَو يَحتَمِلُهُ، فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفسَك فَقَالَت: أَنَا أُطَلِّقُ نَفسِي.

وَجهُ الِاستِحسَانِ: حَدِيثُ عَائِشَةَ ﵂ فَإِنَّهَا قَالَت: «لَا بَل أَختَارُ اللَّهَ وَرَسُولَهُ» اعتَبَرَهُ النَّبِيُّ ﷺ جَوَاباً مِنهَا، وَلِأَنَّ هَذِهِ الصِّيغَةَ حَقِيقَةٌ فِي الحَالِ وَتَجُوزُ فِي الِاستِقبَالِ كَمَا فِي كَلِمَةِ الشَّهَادَةِ، وَأَدَاءِ الشَّاهِدِ الشَّهَادَةَ، بِخِلَافِ قَولِهَا: أُطَلِّقُ

أما لو قالت: اخترتُ قومي أو ذا محرمٍ مني؛ لا يقع. وللشافعي فيه وجهان، وقال البوشنجي: الأظهر أنه يقع الطلاقُ فيه.

قوله: (والقياس ألا تطلق)، وبه قال الشافعي[١] كما لو قال لها: طلقي نفسك، فقالت: أطلق نفسي؛ لا يقع به شيء في القياس.

وقال الشافعي: لأن مطلقه الاستقبال؛ فيكون مجرّد وعد، إلا إذا قال: أردت إنشاء الطلاق؛ فحينئذٍ وقع.

وجه الاستحسان: حديث عائشة وهو ما رُوي أنه لما نزل قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزۡوَٰجِكَ﴾ [الأحزاب ٢٨] بدأ رسول الله ﷺ بعائشة فقال: «**إنّي مخبركِ بأمرٍ فلا تجيبيني بأمرٍ حتى تستأمري أبوَيْكِ**»، ثم أخبرها بالآية فقالت: "أفي هذا أستأمر أبويَّ؟ لا بل أختار الله ورسوله"، فجعل النبي ﷺ هذا الكلام منها إيجابًا. كذا في جامع فخر الإسلام والكيساني[٢].

(ولأن هذه الصيغة حقيقة في الحال)؛ أي: بحسب استعمال الشرع والعُرف، وإن كان صيغة المضارع مشتركة في الحال والاستقبال كما ذكر في النحو إلا أنه يرجح بحسب الشرع والعرف، يقول الرجل: فلان يختار كذا وأنا أختار كذا، ويقول: أنا أملك كذا من العبيد وغيرها، والمراد الحال، وكذا أشهد في كلمة الشهادة وأشهد في أداء الشهادة يدلان على الحال شرعًا. إليه أشير في الفوائد الظهيرية[٣].

---

(١) انظر: تكملة المجموع للمطيعي (١٧/ ٩١).
(٢) انظر: الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٣٥)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٢١).
(٣) انظر: تبيين الحقائق (٢/ ٢٢١).

نَفسِي، لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ حَمْلُهُ عَلَى الحَالِ، لِأَنَّهُ لَيسَ بِحِكَايَةٍ عَن حَالَةٍ قَائِمَةٍ، وَلَا كَذَلِكَ قَولُهَا: أَنَا أَختَارُ نَفسِي، لِأَنَّهُ حِكَايَةٌ عَن حَالَةٍ قَائِمَةٍ وَهُوَ اختِيَارُهَا نَفسَهَا، (وَلَو قَالَ لَهَا: اختَارِي اختَارِي اختَارِي فَقَالَت: قَد اختَرت الأُولَى أَو الوُسطَى أَو الأَخِيرَةَ، طَلُقَت ثَلَاثًا فِي قَولِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلَا يُحتَاجُ إِلَى نِيَّةِ الزَّوجِ، وَقَالَا: تَطلُقُ وَاحِدَة)[*] وَإِنَّمَا لَا يُحتَاجُ إِلَى نِيَّةِ الزَّوجِ لِدَلَالَةِ التَّكرَارِ عَلَيهِ، إِذ الِاختِيَارُ فِي حَقِّ الطَّلَاقِ هُوَ الَّذِي يَتَكَرَّرُ، لَهُمَا: إِن ذِكرَ الأُولَى، وَمَا يَجرِي مَجرَاهُ إِن كَانَ لَا يُفِيدُ مِن حَيثُ التَّرتِيبُ يُفِيدُ مِن حَيثُ الإِفرَادُ فَيُعتَبَرُ فِيمَا يُفِيدُ.

(ليس بحكاية عن حالة قائمة)؛ إذْ لا حال قبل هذا، وإنما الإيجاب حاصل بهذه الصيغة نفسها من قِبَل أن الإيقاع باللسان دون القلب؛ فلم يصح فعل اللسان حكايةً عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال؛ فتعذر الأصل.

فحمل على أمر ماضٍ ليجعل إيجابًا وهو قولها: طَلُقْتُ، إما من عمل القلب، فيكون الذكر باللسان حكاية عن أمر قائم لا محالة، وذلك كـ[قول][1] الرجل: أشهد أن لا إله إلا الله، وقول الشاهد في مجلس الحكم: أشهدُ؛ فصار إيجابًا في الحال، ويقال: فلان يقرأ ويصلي، ويراد به الحال. كذا في جامع فخر الإسلام والكيساني[2].

قوله: (ولا يحتاج إلى نية) ولا إلى ذكر نفسها؛ لأن اختيار الطلاق يتكرر، واختيار الزوج لا يتكرر؛ فتكرار التخيير دليلٌ على أن مرادَهُ الطلاق.

(وقالا)؛ أي: أبو يوسف ومحمد. وبه قال الشافعي إن نوى الطلاق[3].

(لا يفيدُ من حيث الترتيب)؛ أي: بالاتفاق مفيدٌ من حيث الإفراد؛ فصار كقولها: اخترت التطليقة، وهذا لأن "الأولى" وهو اسم لفردٍ سابقٍ، و"الوسطى" تأنيث الأوسط وهو اسم لفرد يقدم عليه مثل ما تأخر عنه، و"الأخيرة" اسمٌ لفرد لاحق؛ فكان لقولها معنيان: الفردية والسَّبق، فلو بطل

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.
(١) زيادة يقتضيها السياق.
(٢) انظر: العناية شرح الهداية (٤/ ٨٣).
(٣) انظر: فتح العزيز بشرح الوجيز (١٤/ ٦١٨).

وَلَهُ: أَنَّ هَذَا وَصفٌ لَغوٌ، لِأَنَّ المُجتَمِعَ فِي المِلكِ لَا تَرتِيبَ فِيهِ كَالمُجتَمِعِ فِي المَكَانِ، وَالكَلَامُ لِلتَّرتِيبِ وَالإِفرَادُ مِن ضَرُورَاتِهِ، فَإِذَا لَغَا فِي حَقِّ الأَصلِ لَغَا فِي حَقِّ البِنَاءِ ....

معنى السبق الذي يقتضي الترتيب بالاتفاق؛ فبقي الفردية، فصار كقولها: اخترتُ التطليقة الأولى؛ فصار كأنها صرَّحت بذلك، وفي ذلك تقع واحدة وكذا هنا.

قال الطحاوي: وبقولهما نأخذ[١].

وأبو حنيفة [يقول][٢]: "الأولى" نعت لمؤنث، والنعت ينصرف إلى المنعوت المذكور إذْ هو الأصل، والمذكور "الاختيار" دُونَ "الطلاق"؛ فكان هذا بمنزلة قولها: اخترت الاختيارة أو المرة الأُوْلى، فلو صرحت [٤٣٦/ب] بذلك؛ طَلُقَتْ ثلاثًا؛ فكذا هذا.

أو لأنها أتت بالترتيب فيما لا يليقُ بِهِ صفة الترتيب؛ فيلغو ذكر الترتيب، ويبقى قولها "اخترت" به يكونُ جوابًا للكل؛ فتقع الثلاث. كذا في المبسوط والفوائد الظهيرية[٣].

(كالمجتمع في المكان) فإن القوم إذا اجتمعوا في مكان لا يقال هذا أول وهذا آخر، وإنما الترتيب في فعل الأعيان يقال: هذا جاء أولًا وهذا جاء آخرًا.

ولأن الأولى أو الوسطى كما تصلح نعتًا للتطليقة تصلح نعتًا للاختيارة الحاصلة منها، ولو اقتصرت على قولها: "اخترت" كان جوابًا للكل فلا يتغير ذلك بكلام محتمل.

بخلاف ما لو اختارت التطليقة؛ لأن التطليقة لا تتناول الثلاث. كذا ذكره قاضي خان.

(في حق الأصل)، وهو الترتيب.

(لغا [في حق البناء][٤]) وهو الإفراد.

---

(١) انظر: التنبيه لصدر الدين ابن أبي العز الحنفي (٣/ ١٣٣٩).

(٢) زيادة يقتضيها السياق. المبسوط للسرخسي (٦/ ٢١٩).

(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢١٩).

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من المتن. البناية شرح الهداية (٥/ ٣٨١).

(وَلَو قَالَتِ: اختَرتُ اختِيَارَة، فَهِيَ ثَلَاثٌ فِي قَولِهِم جَمِيعًا) لِأَنَّهَا لِلمَرَّةِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا صَرَّحَت بِهَا، وَلِأَنَّ الِاختِيَارَةَ لِلتَّأكِيدِ وَبِدُونِ التَّأكِيدِ تَقَعُ الثَّلَاثُ فَمَعَ التَّأكِيدِ أَولَى (وَلَو قَالَت: قَد طَلَّقتُ نَفسِي، أَو اختَرتُ نَفسِي بِتَطلِيقَة فَهِيَ وَاحِدَةٌ يَملِكُ الرَّجعَةَ) لِأَنَّ هَذَا اللَّفظَ يُوجِبُ الِانطِلَاقَ بَعدَ انقِضَاءِ العِدَّةِ، فَكَأَنَّهَا اختَارَت نَفسَهَا بَعدَ العِدَّةِ.

[](١) بقي قولها: "اخترت" وهو يصلح جوابًا للكل؛ فيقع الثلاث.

ولا يقال: ينبغي أن لا يقع هنا شيء؛ لأنه لما بقي قولها "اخترت" وقد بينا أن هذا اللفظ لا يقع بدون ذكر النفس أو ما يقوم مقامها.

لأنا نقول هذا إذا لم يكن في لفظ الزوج ما يدل على تخصيص الطلاق، وهاهنا ما يدل عليه؛ فإن تكريره لفظ الاختيار يدل عليه؛ لما ذكرنا أن اختيار الطلاق يتكرر، واختيار الزوج لا يتكرر.

(ولو قالت: قد طلقت نفسي)؛ أي: في جواب قول الزوج: "اختاري" بلا تكرار.

(فهي واحدة يملك الرجعة) وبه قال الشافعي تقع واحدة رجعية(٢).

وفي الفوائد الظهيرية: هذا سهوٌ وقع من الكاتب؛ لأن المرأة تتصرف بحكم التفويض، والتفويض تطليق وصفه الإبانة(٣) عندنا؛ لأنه من الكنايات فتملك الإبانة(٤) لا غير.

والأصح من الرواية "فهي واحدة لا تملك الرجعة" وهي رواية: المبسوط، والجامع الكبير، والزيادات، وعامة نسخ الجامع الصغير سوى جامع صدر الإسلام فإنه ذكر فيه ما ذكر في الكتاب، والدليل يساعد ما ذكر في عامة النسخ؛ لأن العامل تخيير الزوج، والواقع بالتخيير بائن؛ لأنه تمليك النفس منها، وفي الرجعي لا يثبت ملك النفس(٥).

---

(١) وإذا لغا في حقها بقي قولها: اخترت. البناية شرح الهداية (٥/ ٣٨١).
(٢) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (١٤/ ٨٧).
(٣) في الأصل: (تصفه إلا بإذنه) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٤) في الأصل: (إلا بإذنه) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٥) انظر: تبيين الحقائق (٢/ ٢٢٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٨٢).

(وَإِن قَالَ لَهَا: أَمرُك بِيَدِك فِي تَطلِيقَة، أَو اختَارِي تَطلِيقَة، فَاختَارَت نَفسَهَا فَهِيَ وَاحِدَةٌ بِمِلكِ الرَّجعَةِ) لِأَنَّهُ جَعَلَ لَهَا الِاختِيَارَ لَكِن بِتَطلِيقَة وَهِيَ مُعقِبَةٌ لِلرَّجعَةِ بِالنَّصِّ.

وفي بعض النسخ: "تقع واحدة رجعية" والصحيح ما ذكرنا. نصَّ عليه في الزيادات.

وجه ما ذكر في الكتاب هو المذكور فيه؛ فكأنه اعتبرَ صريح اللفظ.

(لأنه) أي بلفظ الصريح.

فإن قيل: ما الفرق بين قوله: طلقتُ وبين قوله: اخترتُ؟ فإن قولها: "اخترتُ" أو "طلقتُ نفسي" يصلح جوابًا لقوله: اختاري، وقولها: "اخترت" لا يصلح جوابًا لقوله: طلقي نفسك، إلا على قول زفر؛ حتى يقع لغوًا. ذكره في المبسوط[١].

قلنا: لفظ "الاختيار" أضعف من لفظ "الطلاق"؛ فإن الزوج يملك الإيقاع بلفظ الطلاق ولا يملك بلفظ الاختيار، فالأضعف لا يصلح جوابًا للأقوى، والأقوى يصلح جوبًا للأضعف.

ولهذا لو قالت: "طلقت نفسي" قبل تخيير الزوج يتوقف على إجازته، فإذا كان بعد التخيير كان عاملًا، وقولها: "اخترتُ نفسي" قبل التخيير يكون لغوًا فلا يتوقف على الإجازة، فكذلك بعد التفويض بقوله: طلقي نفسك؛ لأن التفويض غير التخيير. كذا في المبسوط[٢].

قوله: (لكن بتطليقة)، فإن قيل: لو كان كذلك كان قوله هذا بمنزلة قوله: طلقي نفسكِ. وقد ذكرنا أن قولها: "اخترتُ" لا يصلح جوابًا لقوله: طلقي نفسك.

قلنا: آخر كلامه لما صار تفسيرًا للأول؛ كان العامل هو المفسر، والمفسر هو الأمر باليد والتخيير، وقولها: اخترت يصلح جوابًا له. كذا في جامع قاضي خان[٣].

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢١٦).

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢١٦).

(٣) انظر: البناية شرح الهداية (٥/ ٣٨٢).

....

وفي المحيط: تقع رجعية؛ لأنه أمرها باختيارها نفسها بتطليقة؛ فكأنه قال لها: خلصي نفسك بتطليقة، والتطليقة معقبة للرجعة[١].

مسائل تتعلق بهذا الفصل

ولو قال لها: اختاري، فقالت: اخترت نفسي لا بل زوجي؛ يقع، ولو قالت: اخترت زوجي[٢] لا بل نفسي؛ لم يقع؛ لأنها اختارت نفسها أولًا، فقد وقع؛ فلا يصح الرجوع من بعد، أما لو اختارت زوجها أولًا خرج الأمر من يدها فلا يصح اختيارها من بعد.

ولو قالت: اخترت نفسي أو زوجي؛ لم يقع؛ لأن "أو" للتشكيك فلا يثبت اختيارها نفسها بالشك.

أما لو قالت: اخترت نفسي وزوجي؛ تقع؛ لأن باختيارها نفسَها بانت، ثم عطفت اختيار الزوج عليها؛ فلم يصح.

ولو قدمت الزوج؛ لا يقع.

ولو قال لها بعد قوله: (اختاري)، لك ألف على أن تختاريني، فاختارته؛ لا يجب شيء ولا يجب المال؛ لأن الاعتياض عن ترك حق تملك النفس لا يجوز [٤٣٧/أ] كما لا يجوز عن ترك حق الشفعة.

ولو قال: اختاري إن شئت، فقالت: اخترت نفسي؛ يقع؛ لأنه بمنزلة طلقي نفسك إن شئت.

ولو قال: أنت طالق إن شئت واختاري، فقالت: شئت واخترت؛ يقع طلاقان: أحدهما بالمشيئة، والآخر بالخيار. كذا في المحيط[٣].

ولو قال: اختاري ثلاثًا، وقالت: اخترت نفسي مرة أو بمرة أو واحدة أو بواحدة أو اختيارة أو اخترت؛ طلقت ثلاثا؛ لأنه جواب الكل.

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣/ ٢٦٣).
(٢) في الأصل: (ولو اختارت زوجي) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٣) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٨٧).

فَصْلٌ فِي الأَمْرِ بِاليَدِ

ولو قال: اختاري اختاري اختاري بألف، فقالت: جميع ذلك؛ وقعت الأوليان بلا شيء والثالثة بألف؛ لأنها مقرونة بالبدل كما في الاستثناء والشرط، وكذا لو قالت: نفسي اختيارة أو واحدة بواحدة.

ولو قالت: اخترت الأولى أو الوسطى أو الأخيرة تطلق ثلاثًا بألف على قياس قول أبي حنيفة، وعلى قياس قولهما وقعت بغير شيء.

ولو قالت: اخترت الأخيرة وقعت بألف.

ولو قالت: طلقت نفسي واحدة أو اخترت نفسي بتطليقة؛ فهي واحدة بائنة؛ لأن التطليقة اسم للواحدة، فلا يمكن أن يجعل جوابًا عن الكل، فيجعل جوابًا عن البعض فبعد ذلك تسأل المرأة عن ذلك، بأن قالت: عنيت الأولى أو الثانية؛ وقعن بلا شيء.

وإن قالت: عنيت بها الثالثة؛ وقعت بألف.

ولو قال لها: اختاري واختاري واختاري بألف؛ فالألف مقابل للثلاث للعطف، حتى لو قالت: اخترت نفسي بتطليقة؛ لم يقع شيء؛ لأن الواحدة لو وقعت وقعت بثلث البدل، ولم يرض بذلك بالبينونة.

ولو قالت: اخترت الأولى أو الثانية أو الثالثة؛ وقعت ثلاثًا بألف عنده، وعندهما لا يقع؛ لأنه لو وقع لوقع بثلث الألف. الكل في جامع التمرتاشي[١].

فصل في الأمر باليد

قدَّم فصل الاختيار في باب التفويض على غيره ليؤيده بإجماع الصحابة.

ثم اعلم أن الحكم باليد كالحكم في الخيار في المسائل، إلا أن هذا صحيح قياسًا واستحسانًا؛ لأن الزوج مالك لأمرها فيملكها ما هو مملوك له؛ فيصح منه قياسًا واستحسانًا؛ لأن الزوج مالك لأمرها.

ويلزم حتى لا يملك الرجوع اعتبارًا بإيقاع الطلاق.

---

(١) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٨٧).

(وَإِن قَالَ لَهَا: أَمرُك بِيَدِك يَنوِي ثَلَاثًا فَقَالَت: قَد اختَرتُ نَفسِي بِوَاحِدَة فَهِيَ ثَلَاثٌ) لِأَنَّ الِاختِيَارَ يَصلُحُ جَوَابًا لِلأَمرِ بِاليَدِ، لِكَونِهِ تَملِيكًا كَالتَّخيِيرِ، وَالوَاحِدَةُ

ولو نوى الأمر باليد ثلاثًا؛ كان كما نوى؛ لأن الأمر يحتمل العموم والخصوص كما بينا بخلاف "اختاري"، فإنه أمر بالفعل، والفعل لا يحتمل العموم.

قوله: (ينوي ثلاثا) قيد به؛ لأنه إذا لم [ينو][1] ثلاثًا؛ تقع واحدة بائنة عندنا.

ورجعية عند الشافعي[2]، وأحمد[3].

وعند ابن أبي ليلى، ومالك[4]: تقع ثلاث، ولا يصدق قضاء إذا نوى واحدة؛ لأنه فوض إليها بهذا الكلام جنس ما يملكه عليها، وذلك ثلاث.

وقلنا: التفويض قد يكون خاصًا وقد يكون عامًا، فبنية الواحد قصد الخاص، وهو غير المخالف للظاهر.

وكذا الخلاف لو نوى الطلاق فقط؛ لأنه لا يثبتُ به إلا العدد المتيقن عند الاجتماع.

وكذا لو نوى ثنتين؛ تقع واحدة عندنا، خلافًا للشافعي[5]، ومالك[6]، وأحمد[7]؛ لأن هذا نية العدد، وهي لا تسع في هذا اللفظ فتكون واحدة بائنة، كذا في المبسوط[8].

(فهي ثلاث)؛ أي: بلا خلاف بين الأئمة الأربعة.

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ١٧٤)، نهاية المطلب (١٤/ ٨٦).
(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٠٤)، شرح الزركشي (٥/ ٤١١).
(٤) انظر: الاستذكار (٦/ ٢٥)، المقدمات الممهدات (١/ ٥٨٧).
(٥) انظر: جواهر العقود (٢/ ١٠٥).
(٦) انظر: المقدمات الممهدات (١/ ٥٨٧).
(٧) انظر: الشرح الكبير على متن المقنع (٨/ ٣٠٨).
(٨) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢٢٢).

صِفَةٌ لِلِاخْتِيَارَةِ، فَصَارَ كَأَنَّهَا قَالَت: اخْتَرْتُ نَفْسِي بِمَرَّة وَاحِدَة وَبِذَلِكَ يَقَعُ الثَّلَاثُ (وَلَو قَالَت: قَد طَلَّقْتُ نَفسي بِوَاحِدَة، أَو اخْتَرْتُ نَفْسِي بِتَطْلِيقَة فَهِيَ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ) لِأَنَّ الوَاحِدَةَ نَعتٌ لِمَصدَر مَحذُوف وَهُوَ فِي الأُولَى الِاخْتِيَارَةُ، وَفِي الثَّانِيَةِ التَّطْلِيقَةُ، إِلَّا أَنَّهَا تَكُونُ بَائِنَة، لِأَنَّ التَّفوِيضَ فِي البَائِنِ ضَرُورَةُ مِلكِهَا أَمرَهَا، وَكَلَامُهَا خَرَجَ جَوَابًا لَهُ، فَتَصِيرُ الصِّفَةُ المَذكُورَةُ فِي التَّفوِيضِ مَذكُورَة فِي الإِيقَاعِ، وَإِنَّمَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلَاثِ فِي قَولِهِ: أَمرُك بِيَدِك لِأَنَّهُ يَحتَمِلُ العُمُومَ وَالخُصُوصَ وَنِيَّةُ الثَّلَاثِ نِيَّةُ التَّعمِيمِ، بِخِلَافِ قَولِهِ: اختَارِي لِأَنَّهُ لَا يَحتَمِلُ العُمُومَ وَقَد حَقَّقنَاهُ مِن قَبلُ.

(**وبذلك**)؛ أي: بقوله مرة واحدة؛ لأنها إنما تصير مختارة بمرة واحدة إذا وقع الثلاث.

(**الأولى**)؛ أي: قولها: اخترت نفسي بواحدة.

(**وفي الثانية**)؛ أي: قوله: طلقتِ واحدة.

وذلك أن الواحدة صفة؛ فلابدَّ لها من موصوف محذوف؛ فوجب إثباته على حسب ما يدل على المذكور السابق، وهو في الأولى "اخترت" فوجب إثبات الاختيارة، وفي الثانية يجب إثبات الطلقة، وهي عبارة عن الواحد؛ فتقع واحدة.

فإن قيل: يجوز أن يراد بها المرة الواحدة كما يجوز أن يراد بها الطلقة الواحدة، [يقال][(١)]: ضربت ضربة؛ ألا ترى إلى ما قالوا أن الفعلة للمرة، والفعلة للحاجة، فلم يكن إرادة الطلقة الأولى [من][(٢)] إرادة المرة.

قلنا: إنما يراد بها المرة إذا كانت مرتبة على فعل يصرف من مصدرها كما في ضربت ضربة، أما إذا لم يكن فلا، ومصدرها الطلاق دون التطليق، فإن أراد بها التطليقة لتعارض[(٣)] بين إرادة المرة والتطليقة؛ فإثبات التطليقة الأول؛ لكونها متيقنًا بها. إليه أشير في الفوائد الظهيرية.

(**وقد حققناه من قبل**)؛ أي: في فصل الاختيار؛ لأن الاختيار لا يتنوع.

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) في الأصل: (أرض) وما أثبتناه من النسخة الثانية.

(وَلَو قَالَ لَهَا: أَمرُكِ بِيَدِك اليَومَ وَبَعدَ غَد لَم يَدخُل فِيهِ اللَّيلُ، وَإِن رَدَّت الأَمر فِي يَومِهَا بَطَلَ أَمرُ ذَلِكَ اليَومِ، وَكَانَ الأَمرُ بِيَدِهَا بَعدَ غَد) لِأَنَّهُ صَرَّحَ بِذِكرِ وَقتَينِ بَينَهُمَا وَقتٌ مِن جِنسِهِمَا لَم يَتَنَاوَلهُ الأَمرُ، إذ ذِكرُ اليَوم بِعِبَارَةِ الفَردِ لَا يَتَنَاوَلُ اللَّيلَ فَكَانَا أَمرَينِ، فَبِرَدِّ أَحَدِهِمَا لَا يَرتَدُّ الآخَرُ.

وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: هُمَا أَمرٌ وَاحِدٌ بِمَنزِلَةِ قَولِهِ: أَنتِ طَالِقٌ اليَوم وَبَعدَ غَد. قُلنَا:

قوله: (لم يدخل فيه)(١) الثلاثة.

حتى لو اختارت في (الليل) لا يقع شيء.

(ولو ردّت الأمر) [في اليوم](٢)، **(بطل [أمر](٣) [٤٣٧/ب] ذلك اليوم ويكون الأمر)** في يدها بعد الغد.

وفي قوله: **(اليوم وغدًا)**(٤) على عكس ذلك.

وفي شرح الوجيز في قوله: وغدًا أو بعد غد ينبغي أن يكون على الخلاف في أن التفويض تمليك أو توكيل فإن جعلناهُ تمليكًا لم يحتمل التراخي كما في البيع، وإن جعلناه توكيلًا فهو كما لو وكَّل إنسانًا في اليوم والغد وبعد الغد، وعلى هذا فله الرد في بعض الأيام دون بعض(٥).

وفي الحلية: فيه قولان:

أحدهما نص [عليه](٦) في الإملاء: أنه يجوز. وهو قول أبي حنيفة، واختيار المزني.

وفي الجديد: لا يصح؛ تغليبًا لحكم التمليك(٧)، والتمليك المضاف إلى المستقبل لا يصح عنده.

(وقت من جنسهما)(٨) احتراز عن قولهما: اليوم وغدا؛ حيث يدخل الليل

---

(١) في الأصل: (لتدخل فيه الليلة) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) انظر المتن ص (١٧١).
(٥) فتح العزيز في شرح الوجيز (١٥/ ٧٧).
(٦) ما بين المعكوفتين زيادة من حلية العلماء (٧/ ٤٣).
(٧) حلية العلماء (٧/ ٤٣).
(٨) انظر المتن ص (١٧١).

الطَّلَاقُ لَا يَحتَمِلُ التَّأقِيتَ، وَالأمرُ بِاليَدِ يَحتَمِلُهُ، فَيُوَقَّتُ الأمرُ بِالأوَّلِ وَيجْعَلُ الثَّانِيَ أمرًا مُبتَدَأ (وَلَو قَالَ: أمرُك بِيَدِك اليَومَ وَغَدًا يَدخُلُ اللَّيلُ فِي ذَلِك، فَإِن رَدَّت الأمرَ فِي يَومِهَا لَا يَبقَى الأمرُ فِي يَدِهَا فِي غَد) لِأنَّ هَذَا أمرٌ وَاحِدٌ، لِأنَّهُ لَم يَتَخَلَّل بَينَ الوَقتَينِ المَذكُورَينِ وَقتٌ مِن جِنسِهِمَا لَم يَتَنَاوَلهُ الكَلَامُ، وَقَد يَهجُمُ اللَّيلُ

فيه وإن لم يكن من جنس اليوم والغد؛ لما أن المراد منه وقت واحد بيومين عادة؛ فتدخل فيهما الليلة ضرورة وإن لم تكن من جنسهما.

وهاهنا لم يدخل الغد وإن كان من جنس اليوم وبعد غد؛ فعلم أن المراد منه تجديد الأمر، فيحتمل كل واحد من جنس اليوم وبعد غد، فيعتبر كل واحد من الوقتين منفرد، ويذكر اليوم بعبارة الفرد ولا يدخل الليل.

وفي جامع التمرتاشي: أن أمرك بيدك فيهما أمر واحد[١].

[][٢]وكذا لو قال: اليوم ورأس الشهر؛ لأنه عطفُ أحد الوقتين على الآخر من غير تكرار لفظ الأمر؛ فكان أمرًا واحدًا كما في قوله: اليوم وغدًا.

وقلنا: أحد الوقتين هاهنا غير متصل؛ فالأمر لما بينهما وقت غير مذكور، بخلاف قوله: وغدًا؛ لأنه متصل بالوقت الآخر، فكان ذكر الغد لامتداد حكم الأمر إليه. كذا في المبسوط[٣].

(**والأمر باليد يحتمله**)؛ أي: يحتمل التوقيت؛ فلما توقت الأمر باليوم الأول انقطع بمجيء الغد، فلم يعد بعد الانقطاع إلا بتجديد [الأمر][٤]؛ فاقتضى ضرورة الإيجاب أمر آخر.

أما الطلاق فلا يحتمل التأقيت حتى ينقطع بمضي[٥] اليوم؛ فبقي الوصف بعد الغد بطلاق واحد فلم يقتض آخر. كذا في مبسوط فخر الإسلام.

قوله: (**وقد يهجم الليل**) هذا لبيان أن الليل المتخلل بين اليوم والغد لا

---

(١) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٩٢).

(٢) ذا تعقيب على قوله بالمتن: (وقال زفر - رَحِمَهُ اللَّهُ -: هما أمر واحد بمنزلة قوله أنت طالق اليوم وبعد غد، المبسوط للسرخسي (٦/ ٢٢٣).

(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢٢٣).

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٥) في الأصل: (بمجيء) وما أثبتناه من النسخة الثالثة.

وَمَجلِسُ المَشُورَةِ لَا يَنقَطِعُ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: أَمرُك بِيَدِك فِي يَومَينِ.

وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّهَا إِذَا رَدَّت الأَمرَ فِي اليَومِ، لَهَا أَن تَختَارَ نَفسَهَا غَدًا، لِأَنَّهَا لَا تَملِكُ رَدَّ الأَمرِ كَمَا لَا تَملِكُ رَدَّ الإِيقَاعِ.

وَجهُ الظَّاهِرِ: أَنَّهَا إِذَا اختَارَت نَفسَهَا اليَومَ لَا يَبقَى لَهَا الخِيَارُ فِي الغَدِ، فَكَذَا

يكون قاطعًا للمجلس، وكون الغد قريبًا من اليوم حيث لم يدخل بينهما زمانٌ فلا يجعلهما كالوقتين، فكان الغد ملحقًا باليوم؛ لأن الأصل في العطف وقوع الشركة فيما تمَّ به المعطوف عليه من غير أن ينفرد المعطوف بخبر آخر. وقد بين ذلك في الأصول.

قوله: (كما لا تملك رد الإيقاع)؛ يعني: ليس لها رد وقوع الطلاق الذي أوقعها الزوج، فكذا لا يكون لها رد الأمر باليد الذي صدر من زوجها بعد قوله: أمرُك بيدك؛ لأن الأمر باليد يثبت لها بلا قبول منها كالإيقاع، فيكون الأمر باليد باقيًا في الغد فكان لها أن تختار نفسها غدًا.

وقال الإمام السرخسي: روى الكرخي هذه الرواية عن أبي حنيفة(١).

كأنه جعل ردها الأمر في اليوم بمنزلة قيامها عن المجلس أو اشتغالها بعمل آخر.

فيكون **(لها أن تختار نفسها غدًا)** وكأنه ذهب إلى أنها **(لا تملك رد الأمر كما لا يملك رد الإيقاع)**.

(ووجه الظاهر)؛ أي: ظاهر الرواية: [أن](٢) الوقت المذكور هاهنا بمنزلة المجلس في قولك: "أمرك بيدك" مطلقًا، وهناك لو اختارت زوجها يخرج الأمر من يدها؛ لما أن المخير بين الشيئين لا يملك إلا اختيار أحدهما، فإذا اختارت زوجها لا يبقى الاختيار في الغد.

وفي جامع التمرتاشي: لو قال اليوم غدا بعد غد(٣)؛ فهو أمر واحد في

---

(١) انظر: تبيين الحقائق (٢/ ٢٢٣).
(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثالثة.
(٣) في الأصل: (لو قال اليوم هذا أو بعد غد) وما أثبتناه من النسخة الثانية.

إِذَا اخْتَارَت زَوجَهَا بِرَدِّ الأمرِ، لِأَنَّ الْمُخَيَّرَ بَينَ الشَّيئَينِ لَا يَملِكُ إِلَّا اخْتِيَارَ أَحَدِهِمَا.

وَعَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ إِذَا قَالَ: «أَمرُك بِيَدِك اليَومَ وَأَمرُك بِيَدِك غَدًا» أَنَّهُمَا أَمرَانِ، لِمَا أَنَّهُ ذَكَرَ لِكُلِّ وَقت خَبَرًا بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ (وَإِن قَالَ: أَمرُك بِيَدِك يَومَ يَقدُمُ فُلَانٌ، فَقَدِمَ فُلَانٌ وَلَم تَعلَم بِقُدُومِهِ حَتَّى جَنَّ اللَّيلُ فَلَا خِيَارَ لَهَا) لِأَنَّ الأَمرَ بِاليَدِ مِمَّا يَمتَدُّ، فَيُحمَلُ اليَومُ المَقرُونُ بِهِ عَلَى بَيَاضِ النَّهَارِ ....

ظاهر الرواية؛ لأنها أوقات مترادفة؛ فصار كقوله: أمركِ بيدكِ أبدًا فيرتدُّ بردها مرة، وعن أبي حنيفة رضي الله عنه ثلاثة أمور؛ لأنها أوقات حقيقية[(١)].

قوله: (أنهما أمران) حتى لو اختارت زوجها اليوم ثم جاء الغد يصير الأمر في يدها.

وجعل الإمام السرخسي هذه الرواية صحيحة؛ فقال: وهو صحيح؛ لأنه لما ذكر لكل وقت خبرًا عُرف أنه لم يُرد اشتراك الوقتين في خبر الواحد[(٢)].

وجعل الإمام قاضي خان هذه الرواية أصل الرواية ولم يذكر فيه خلاف أحد، ثم قال: وروى ابن سماعة عن محمد لو قال: أمرك بيدك اليوم كان الأمر بيدها إلى غروب الشمس، ولو قال (في اليوم) فقامت عن مجلسها؛ بطل[(٣)]، وهو على ما ذكرنا من الأصل في قوله: أنت طالق غدًا وفي غد.

(المقرون به)؛ أي بالأمر باليد.

(على بياض النهار) فحينئذٍ لا يبقى لها الخيار بعد الغروب؛ لانقضاء مدة الأمر؛ كما لو جعل أمرها بيدها غدًا وهي غائبة [٤٣٨/أ]؛ [كان][(٤)] لها الخيار إذا علمت؛ لأن أوامر الشرع لا تلزم بدون العلم فأمر العباد كان أولى. كذا ذكره قاضي خان.

---

(١) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٩٢).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢٢٣).
(٣) انظر: تبيين الحقائق (٢/ ٢٢٣).
(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

وَقَد حَقَّقنَاهُ مِن قَبلُ فَيُتَوَقَّتُ بِهِ ثُمَّ يَنقَضِي بِانقِضَاءِ وَقتِهِ (وَإِذَا جَعَلَ أَمرَهَا بِيَدِهَا أَو خَيَّرَهَا فَمَكَثَت يَومًا لَم تَقُم فَالأَمرُ فِي يَدِهَا مَا لَم تَأخُذ فِي عَمَلٍ آخَرَ) لِأَنَّ هَذَا تَملِيكُ التَّطلِيقِ مِنهَا، لِأَنَّ المَالِكَ مَن يَتَصَرَّفُ بِرَأيِ نَفسِهِ، وَهِيَ بِهَذِهِ الصِّفَةِ، وَالتَّملِيكُ يَقتَصِرُ عَلَى المَجلِسِ وَقَد بَيَّنَّاهُ مِن قَبلُ. (ثُمَّ إِن كَانَت تَسمَعُ يُعتَبَرُ مَجلِسُهَا ذَلِكَ، وَإِن كَانَت لَا تَسمَعُ فَمَجلِسُ عِلمِهَا وَبُلُوغِ الخَبَرِ إِلَيهَا) لِأَنَّ هَذَا تَملِيكٌ فِيهِ مَعنَى التَّعلِيقِ، فَيَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءَ المَجلِسِ، وَلَا يُعتَبَرُ مَجلِسُهُ لِأَنَّ التَّعلِيقَ لَازِمٌ

وإنما لم يعتبر القدوم في هذه المسألة وهو غير ممتد، واعتبرنا الأمر باليد؛ لأن المقصود المضاف لا المضاف إليه. وقد بين في الأصول.

قوله: (وقد حققناه من قبل)؛ أي: في آخر فصل إضافة الطلاق إلى الزمان.

قوله: (لم تأخذ في عمل آخر) دينيًّا ذلك العمل أو دنيويًّا.

قوله: (لأنَّ هذا تمليك فيه معنى التعليق) إلى آخره.

فإن قيل: في الأمر باليد أحكام متناقضة؛ فإنه ذكر قبل هذا لو قال: "أمرك بيدك اليوم وغدًا" يدخل الليل؛ فلا يبطل هناك الأمرُ باليد في اليومين وإن قامت عن المجلس؛ لأنه لو بطل بالقيام عن المجلس لم يكن لتقييده باليومين فائدة؛ لما أنها [إذا][1] لم تقم عن مجلسها أيامًا وشهورًا لا يخرج الأمر من يدها، وكذا لو كانت غائبة ولم تسمع الأمر؛ يبقى الأمر في يدها إلى ما وراء المجلس، ذكره في الذخيرة[2].

وقال: هاهنا يبطل بالقيام عن المجلس، فلو قلنا: عَدم بُطلانه في المسألة باعتبار توقيته بيومين لا يصح أيضًا؛ لما أن فيه معنى التمليك والتعليق وكلاهما لا يقبل التوقيت كالبيع والهبة والطلاق.

وذكر في الذخيرة: لو جعل أمرها بيدها أو بيد أجنبي؛ يقع الأمر لازمًا فلا يرتد بردها[3]، والمسألة مروية عن أصحابنا.

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) الذخيرة البرهانية (٤/ ١٧٩).
(٣) الذخيرة البرهانية (٤/ ١٧٩).

فِي حَقِّهِ، بِخِلَافِ البَيعِ، لِأَنَّهُ تَملِيكٌ مَحضٌ لَا يَشُوبُهُ التَّعلِيقُ، وَإِذَا اعتُبِرَ مَجلِسُهَا فَالمَجلِسُ تَارَةً يَتَبَدَّلُ بِالتَّحَوُّلِ وَمَرَّةً بِالأَخذِ فِي عَمَلٍ آخَرَ، عَلَى مَا بَيَّنَّا فِي الخِيَارِ،

وفي الكتاب فيما إذا قال: "أمركِ بيدكِ اليوم وغدًا" إن ردَّت الأمر في يومها؛ لا يبقى في يدها، فكان قابلًا للرد، فلو قلنا: إن قبول الرد فيما ذكر في الكتاب باعتبار أنه مؤقتٌ؛ فقد ذكر في المطلق أيضًا [أنه يرتد بالقيام عن المجلس؛ فالمطلق أيضا][1] قابل للرد.

وفي الفصول: لو قال لها أمرك بيدك ثم طلقها بائنا؛ خرج الأمر من يدها، وقال في موضع آخر: لا يخرج وإن كان الطلاق بائنًا[2].

فلابدَّ من بيان وجه التوفيق ودفع المناقضة.

قلنا: نبَّه أن في الأمر باليد معنى التمليك، ومعنى التمليك كما ذكر في المتن؛ لأن المالك من يتصرف لنفسه، وهذا كذلك؛ فإنها عاملة لنفسها بتخليصها عن ذل النكاح فلا تكون نائبة عن الغير.

وأما التعليق؛ فإن الإيقاع وإن صدر من غير الزوج إلا أن الوقوع مُضاف إلى معنى من قبل الزوج على وجه يوجب الإيقاع منها أم لا؛ فصار كأنه قال لها: إن طلقتِ نفسَك فأنت طالق.

وبناء هذه الأحكام لوجود هذين المعنيين.

والتمليك والتعليق يثبتان معنى وحكمًا؛ لما أن التمليك يقتضي التقرر قطعًا والتعليق يقتضي التردد؛ فلذا تتراءى الأحكام متناقضة؛ لكن الشأن في التخريج.

ثم التمليك لا ينافي التوقيت، واعتبره بتمليك المنافع كالإجارة والإعارة؛ فإنهما يقبلان التوقيت مع وجود التمليك؛ فكذا هاهنا.

ولا يسقط بالقيام عن المجلس في الأمر المؤقت؛ لأن فيه معنى التعليق، والتوقيتُ يلائم التعليق؛ فصحَّ التوقيت، وإذا صح التوقيت لا يبطل بالقيام عن المجلس؛ إذْ لو بطل لم يكن للتأقيت فائدة.

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٩٢).

وَيَخرُجُ الأَمرُ مِن يَدِهَا بِمُجَرَّدِ القِيَامِ، لِأَنَّهُ دَلِيلُ الإِعرَاضِ، إذ القِيَامُ يُفَرِّقُ الرَّأيَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا مَكَثَت يَوما لَم تَقُم وَلَم تَأخُذ فِي عَمَلٍ آخَرَ، لِأَنَّ المَجلِسَ قَد يَطُولُ

وفي الأمر المطلق: لما لم يكن مؤقت حتى يراعى وجودُه اعتبرنا معنى التمليك؛ فيقتصر على المجلس إذا لم تكن غائبة، واعتبرنا معنى التعليق؛ فقلنا ببقاء الإيجاب إذا كانت غائبة.

وأما في مسألة الفصول؛ فالفرق أن في أحدهما: إذا كان الأمرُ باليد منجْزًا بأن قال لها: أمركِ بيدكِ؛ يخرج الأمر من يدها بالطلاق البائن، أما لو كان معلقًا بالشرط بأن قال: أكرترايزم، أو قال: أكرتو غائب سوي، وما أشبه ذلك؛ فالأمر بيدك، ثم طلقها بائنًا أو خالعها؛ لا يبطل، حتى لو تزوجها ثم وجد الشرط؛ يصير الأمر بيدها.

أما وجه توفيق ما ذكر في الفصول: أن الأمر لا يرتد بردها ولا برد أجنبي، وبين ما ذكر في الذخيرة: أنه يرتد بالرد عند التفويض، أما بعد ذلك لا يرتدّ بالردّ، كما لو أقر بشيءٍ لرجل وصدَّقه المقر له ثم ردَّ إقراره لا يصح الرد. ذكره في المحيط(١).

وحاصله: أن الأمر باليد بمنزلة الإبراء من الدَّين؛ من حيث لن ثبوته لا يتوقف بالقبُول ويرتد بالرد؛ لما فيه من معنى الإسقاط والتمليك؛ لأن الدَّين عبارة عن وصف [في](٢) الذمة؛ فبالإبراء أزال هذا الوصف فكان إسقاطًا كالإعتاق، وفيه معنى التمليك قال تعالى: ﴿وَأَن تَصَدَّقُواْ خَيۡرٞ لَّكُمۡۖ﴾ [البقرة ٢٨٠] سمى إبراء الدين بالتصدق، والتصدق عبارة عن التمليك؛ فلما كان في الأمر باليد معنى التمليك والتعليق، والقبول في التعليقات [٤٣٨/ب] ليس بشرط، ويرتد بالرد لمعنى التمليك بعد التفويض، ولا يتوقف على القبول عملا بالمعنيين بقدر الإمكان. وإليه أشير في الذخيرة وغيره(٣).

وَقَوْلُهُ: (مَكَثَتْ يَوْمًا)؛ لَيسَ لِلتَّقْدِيرِ بِهِ.

---

(١) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٩٢).
(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣/ ٢٤٠).

وَقَد يَقصُرُ، فَيَبقَى إِلَى أَن يُوجَدَ مَا يَقطَعُهُ أَو مَا يَدُلُّ عَلَى الإِعرَاضِ. وَقَولُهُ مَكَثَت يَومًا لَيسَ لِلتَّقدِيرِ بِهِ.

وَقَولُهُ: مَا لَم تَأخُذ فِي عَمَلٍ آخَرَ: يُرَادُ بِهِ عَمَلٌ يُعرَفُ أَنَّهُ قَطعٌ لِمَا كَانَ فِيهِ لَا مُطلَقَ العَمَلِ (وَلَو كَانَت قَائِمَةً فَجَلَسَت فَهِيَ عَلَى خِيَارِهَا) لِأَنَّهُ دَلِيلُ الإِقبَالِ، فَإِنَّ

قوله: (وقوله)؛ أي: قول محمد في الكتاب.

(يراد به عمل يعرف أنه قطع لما كان فيه لا مطلق العمل)؛ حتى لو لبست ثيابها من غير قيام أو أكلت أو شربت أو قرأت قليلًا، أو قالت: ادعُ أبي(١) أَستشيره، وما أشبه ذلك، ما هو من عمل الفرقة؛ فكانت هي على خيارها.

وهذا الذي ذكرته كما يكون في قوله: أمركِ بيدكِ يكون في قوله: "اختاري"، وقوله: "طلقي نفسكِ".

وفي قوله: "أنت طالق إن شئتِ"، وفي قوله لأجنبي: "أمر امرأتي بيدكَ" أو قال له: "طلقها إذا شئتَ" أو "إن شئتَ"، أو "أمر امرأتي بيدك في أن تخلعها"، وكذا في قوله: "أعتق عبدي إن شئت".

بخلاف الوكيل لو قال له: "بِعه إن شئتَ"؛ حيث لا يقتصر على المجلس؛ لأن البيع لا يحتمل التعليق فلم يتقيد بالمجلس.

وبخلاف قوله لها: طلقي ضرَّتَكِ؛ لأنه توكيل ويملك الرجوع منه. كذا ذكره التمرتاشي(٢).

وفي فتاوى أهل سمرقند: أمرُ امرأتي بيدها؛ فقالت هي: أعطني كذا إن طلقتني، فقال الزوج: لا أدري هذا، فقالت: إن جعلت أمري بيدي فقد طلقت نفسي؛ لا تطلق لأنها تكلمت بكلام زائد، وهو قولها: أعطني كذا؛ فقد قطعت المجلس.

---

(١) في الأصل: (ربي)، وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٢) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٩٨).

الْقُعُودَ أَجمَعُ لِلرَّأْيِ (وَكَذَا إِذَا كَانَت قَاعِدَة فَاتَّكَأَت، أَو مُتَّكِئَة فَقَعَدَت) لِأَنَّ هَذَا انتِقَالٌ مِن جِلسَة إِلَى جِلسَة فَلَا يَكُونُ إِعرَاضًا، كَمَا إِذَا كَانَت مُحتَبِيَة فَتَرَبَّعَت.

قَالَ ﷺ: هَذَا رِوَايَةُ الجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَذَكَرَ فِي غَيرِهِ: أَنَّهَا إِذَا كَانَت قَاعِدَة فَاتَّكَأَت لَا خِيَارَ لَهَا، لِأَنَّ الِاتِّكَاءَ إِظهَارُ التَّهَاوُنِ بِالأَمرِ فَكَانَ إِعرَاضًا، وَالأَوَّلُ هُوَ الأَصَحُّ.

وفيها أيضًا لو قال: أمر ثلاث تطليقات بيدكِ؛ فقالت له: لِمَ لا تطلقني بلسانك؟ فقالت: طلقتُ نفسي؛ طلقت لأن قولها: لِمَ لا تطلقني بلسانك؟ ليس برد للتمليك، فـ[كان لها][1] بعد ذلك تطليق نفسها. وفيه نوع نظر لأنه كلام زائد يتبدل به المجلس. كذا في المحيط والذخيرة[2].

قوله: (والأول هو أصح)؛ لأن من حزبه أمر قد يستند للتفكر؛ لما أن الاستناد والاتكاء سببٌ للراحة كالقعود في حق القائم، ولأن الاتكاء نوع جلسة فلا يتغير به ما هو الثابت للجالس.

وفي المبسوط: لو خيرها في صلاة مكتوبة فأتمتها لا يبطل خيارها؛ لأنها ممنوعة عن قطعها قبل التمام؛ فلا تتمكن من الاختيار ما لم تفرغ، ودليل الإعراض ترك الاختيار بعد التمكن منه.

والوتر في هذا كالمكتوبة؛ لأنها ممنوعة عن قطعها قبل التمام.

ولو كانت [في][3] التطوع في الشفع الأول فأتمت ذلك [الشفع لا يبطل خيارها][4]؛ لأنها ممنوعة من إبطال العمل، والركعة الواحدة لا تكون صلاة معتبرة، ولو تحولت إلى الشفع الثاني بطل خيارها.

وروى ابن سماعة عن محمد في الأربع قبل الظهر: لو تمت أربعًا لا يسقط خيارها؛ لأن هذه الأربع تؤدَّى بتسليمةٍ واحدةٍ[5].

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من المحيط البرهاني ليستقيم السياق.
(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣/ ٢٤٣).
(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من المبسوط يقتضيها السياق (٦/ ٢١٣).
(٥) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢١٣).

وَلَو كَانَت قَاعِدَة فَاضطَجَعَت فَفِيهِ رِوَايَتَانِ عَن أَبِي يُوسُفَ رحمه الله (وَلَو قَالَت أُدعُ أَبِي أَستَشِرهُ أَو شُهُودًا أُشهِدهُم فَهِيَ عَلَى خِيَارِهَا) لِأَنَّ الِاستِشَارَةَ لِتَحَرِّي الصَّوَابِ، وَالإِشهَادَ لِلتَّحَرُّزِ عَن الإِنكَارِ فَلَا يَكُونُ دَلِيلَ الإِعرَاضِ (وَإِن كَانَت تَسِيرُ عَلَى دَابَّة أَو فِي مَحمَلٍ فَوَقَفَت فَهِيَ عَلَى خِيَارِهَا، وَإِن سَارَت بَطَلَ خِيَارُهَا) لِأَنَّ سَيرَ الدَّابَّةِ وَوُقُوفَهَا مُضَافٌ إِلَيهَا (وَالسَّفِينَةُ بِمَنزِلَةِ البَيتِ) لِأَنَّ سَيرَهَا غَيرُ مُضَاف إِلَى رَاكِبِهَا، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَقدِرُ عَلَى إِيقَافِهَا وَرَاكِبُ الدَّابَّةِ يَقدِرُ.

قوله: (والسفينة بمنزلة البيت)؛ يعني: لو سارت لا يبطل خيارها.

(لأن سيرها غير مضافٍ إلى راكبها) قال تعالى: ﴿وَهِيَ تَجْرِي بِهِمْ﴾ [هود: ٤٢].

أما سير الدابة فمضاف إلى الراكب؛ فكان ذلك كمشيها؛ فينبغي [أن تختار][1] متصلًا بتخيير الزوج من غير سكوت بين الكلامين.

وكذا لو كان الزوج معها على تلك الدابة، أو كانا في محمل واحد فسارت خطوة؛ لأن سيرها مضاف إلى راكبها.

وقيل: الخطوة ليست بإعراض ولا يتبدل المجلس بها.

التفريعات

في المحيط: عبد قال لمولاه: زوجني أمتك هذه على أن أمرها بيدك، فزوجها؛ لم يصر أمرها بيده؛ لأنه فوض الأمر إليه قبل النكاح.

وإن بدأ المولى فقال: زوجتها منك على أن أمرها بيدي، فقَبِلَ العبد؛ صار الأمر بيده؛ لأنه صار كأنه قال: قبلت النكاح على أن أمرها بيدك فيكون التفويض بعد[2] النكاح.

نظيره: تزوج امرأة على أنها طالق، أو على أن أمرها بيدها؛ لا يقع الطلاق ولا يصير الأمر بيدها.

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٢) في الأصل: (قبل) وما أثبتناه من النسخة الثانية، وهو الموافق للمحيط.

....

ولو قالت المرأة: زوجتك نفسي على أني طالق، أو على أن أمري بيدي؛ وقع الطلاق وصار الأمر بيدها، وهي حيلة التحليل(١).

لو قال: أمرك بيدك فطلقي نفسك، فقالت: اخترتُ، أو قالت: طلَّقْتُ؛ فبائن؛ لأنه جعل صريح الطلاق مشورة، بخلاف قوله: أو اختاري بتطليقة، أو أمرك بيدك بتطليقة؛ فرجعيٌّ.

ولو قال: أمرك بيدك واختاري فطلقي نفسك غدًا، فقوله: "غدًا" مشورة، والأمر بيدها في مجلسها، ولو قال: "أمركِ بيدكِ" ينوي ثلاثًا، فقالت: نفسي واحدة، أو اخترت بواحدة؛ قبلت؛ أي: بدفعة واحدة.

وفي الجامع قال: أنت طالق اليوم ورأس الشهر؛ تقع واحدة.

قيل: تأويل هذا أن يكون رأس الشهر غدًا، أما إذا كان بينهما حائل؛ وقع طلاقان في وقتين.

وقيل: ما ذكر في الجامع قول محمد، وهو يعتبر الفاصل، وعند أبي يوسف: تطليقتان.

ولو قال: أمركِ بيدكِ اليوم؛ فعن محمد: إلى [٤٣٩/أ] الغروب، فلو قال: في اليوم؛ ينعقد بالمجلس.

ذكر القدوري: لو قال في هذا الشهر فردَّته؛ بطل عندهما لأنه تمليك واحد، وعن أبي يوسف: بطل في ذلك المجلس لا في غيره، كما لو قامت من مجلسها، وقيل: الخلاف بالقلب.

ولو قال: اليوم أو شهرًا، فردّته؛ لم يبطل خيارها فيما بقي من المدة عند أبي حنيفة خلافًا لهما؛ لأن هذا تفويض واحد فيرتد بالرد، وهو تمليك نصًا، وتعليق معنى، فمتى لم يذكر الوقت فالعبرة للتمليك، ومتى ذكره فالعبرة للتعليق(٢).

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣/ ١٧).
(٢) انظر: البحر الرائق (٣/ ٣٤٩).

....

ولو قال: أمركِ بيدكِ متى شئتِ، فردَّت؛ لم يرتدّ ولها الاختيار متى شاءت، ولو قال: أمرك بيدك في أن تختاري نفسك متى شئتِ؛ فهذا على المجلس، ولو ردته؛ بطل. على رواية الكرخي عن أبي حنيفة.

ولو قال: أمركِ بيدكِ إلى عشرة أيام؛ فالأمر في يدها من هذا الوقت إلى عشرة أيام، ولو نوى أن الأمر بيدها بعد العشرة؛ صحَّ ديانة لا قضاء؛ لأنه خلاف الظاهر.

وجعل الأمر بيدها أو بيد فلان: إما أن يكون مؤقتًا أو مطلقًا، ولو كان مؤقتًا: ما دام الوقتُ باقيًا؛ فالأمر بيدها أو فلان، علم فلان أو هي أو لم [يعلم][1]، وإذا مضى الأمر؛ ينتهي الأمر عَلِمَ أو لَمْ يعلَمْ، والقبول ليس بشرط؛ ولكن إذا ردّ يرتد.

ولو كان الأمر معلقًا بشرط؛ فالأمر في يدها عند وجود الشرط مطلقًا أو مقيدًا، ولو طلّقت نفسها قبل العلم بالأمر؛ لم تطلق في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وبمثله لو جعل أمرها بيدها هذه السنة، ثم طلقها قبل الدخول، ثم تزوجها في السنة؛ لا خيار لها عند أبي يوسف خلافًا لأبي حنيفة.

وطلاق الموكل لا يرفع الوكالة حتى تنقضي العدة، وعن أبي يوسف طلاق الموكل يرفعها.

ولو قالت: طلاق أفكندم؛ تطلق، نوت الطلاق أم لا.

ولو قالت: أمر أفكندم؛ تطلق إن نوت؛ لأن هذا اللفظ في العُرف معين لإيقاع الطلاق.

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

فَصْلٌ فِي المَشِيئَةِ

(وَمَن قَالَ لِامرَأَتِهِ: «طَلِّقِي نَفسَك» وَلَا نِيَّةَ لَهُ أَو نَوَى وَاحِدَة فَقَالَت: «طَلَّقتُ نَفسِي» فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجعِيَّةٌ، وَإِن طَلَّقَت نَفسَهَا ثَلَاثًا وَقَد أَرَادَ الزَّوجُ ذَلِكَ وَقَعنَ عَلَيهَا) وَهَذَا لِأَنَّ قَولَهُ: «طَلِّقِي» مَعنَاهُ: «افعَلِي فِعلَ التَّطلِيقِ»، وَهُوَ اسمُ جِنس فَيَقَعُ عَلَى الأَدنَى مَعَ احتِمَالِ الكُلِّ كَسَائِرِ أَسمَاءِ الأَجنَاسِ، فَلِهَذَا تَعمَلُ فِيهِ نِيَّةُ الثَّلَاثِ، وَيَنصَرِفُ إِلَى وَاحِدَة عِندَ عَدَمِهَا، وَتَكُونُ الوَاحِدَةُ رَجعِيَّة، لِأَنَّ المُفَوَّضَ إِلَيهَا صَرِيحُ الطَّلَاقِ، وَلَو نَوَى الثِّنتَينِ لَا تَصِحُّ، لِأَنَّهُ نِيَّةُ العَدَدِ، إِلَّا إِذَا كَانَت المَنكُوحَةُ أَمَةً لِأَنَّهُ جِنسٌ فِي حَقِّهَا.

(وَإِن قَالَ لَهَا: «طَلِّقِي نَفسَك»، فَقَالَت: «أَبَنتُ نَفسِي» طَلُقَت وَلَو قَالَت: «قَد اختَرتُ نَفسِي» لَم تَطلُق) لِأَنَّ الإِبَانَةَ مِن أَلفَاظِ الطَّلَاقِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَو قَالَ

فصل في المشيئة

تقدَّم وجه المناسبة.

قوله: (وقعن عليها)؛ أي: سواء طلقت ثلاثة أو جملة أو متفرقًا، وهو إجماع، ولا اعتبار بخلاف الظاهرية.

وعندهم: لا يجوز إيقاعها وتوكيل غيرها بالطلاق[١].

ولو نوى ثنتين؛ لا تصح. وقد بينّا فيه خلاف الشافعي[٢]، ومالك[٣]، وأحمد[٤].

قوله: (طَلَّقْتُ)؛ أي طلاقًا رجعيًّا. وبه قال الشافعي[٥]، وكذا لو قالت: أنا بائن أو حرام أو بتة أو برية. كذا ذكره التمرتاشي[٦].

---

(١) انظر: المحلى بالآثار (٩/ ٢٩١).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ١٧٢).

(٣) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي (٤/ ٧٤).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤١٢).

(٥) انظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين (٨/ ٤٨).

(٦) انظر: تبيين الحقائق (٢/ ٢٢٥).

لِامرَأَتِهِ: أَبَنتُكِ يَنوِي بِهِ الطَّلَاقَ أَو قَالَت: أَبَنتُ نَفسِي فَقَالَ الزَّوجُ: قَد أَجَزتُ ذَلِكَ بَانَت فَكَانَت مُوَافِقَة لِلتَّفوِيضِ فِي الأَصلِ إِلَّا أَنَّهَا زَادَت فِيهِ وَصْفًا وَهُوَ تَعجِيلُ الإِبَانَةِ فَيَلغُو الوَصفُ الزَّائِدُ وَيَثبُتُ الأَصلُ، كَمَا إِذَا قَالَت: طَلَّقتُ نَفسِي تَطلِيقَة بَائِنَة، وَيَنبَغِي أَن تَقَعَ تَطلِيقَةٌ رَجعِيَّةٌ. بِخِلَافِ الاختِيَارِ، لِأَنَّهُ لَيسَ مِن أَلفَاظِ الطَّلَاقِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَو قَالَ لِامرَأَتِهِ: اختَرتُكِ أَو اختَارِي يَنوِي الطَّلَاقَ لَم يَقَع، وَلَو قَالَت

قوله: (فيلغو الوصف الزائد) وهو الإبانة، وبقي الأصل، وهو: نفس الطلاق.

فإن قيل: يُشكِلُ هذا بما لو قال لها: طَلِّقي نفسكِ نصف تطليقة، فطلقت نفسها تطليقة؛ لم يقع، أو أمرَهَا بثلاث، فطلقت ألفًا؛ لم يقع. ذكرهما في جامع التمرتاشي[1]، مع أنها أتت بالأصل والزائد؛ فينبغي أن يثبت الأصل ويلغو الزائد.

قلنا: في المسألة الأولى: النصف الثاني أصل كالآخر؛ فلم تثبت التبعية، فكانت بالإتيان به مُغَيِّرة للفظ لا موافقة؛ فلم يصلح جوابًا فيلغو، بخلاف ما نحن فيه؛ فإن الزائد وصف وهو تبع؛ فكان في الإتيان بالأصل موافقة للزوج.

وفي المسألة الثانية: هي غير مالكة للطلاق؛ بل تمليك بالتفويض، فإذا خالفت؛ لم يصح إيجاب الألف جملة؛ فلم يثبت ما في ضمنه من الثلاث، بخلاف الزوج لو طلَّق ألفًا؛ تقع؛ لأنه يتكلمُ بالطلاق عن ملكٍ لا عن أمر، فهو بمالكيته يملك ما يشاء من العدد، إلا أنه لا ينفذ إلا بقدر المحل؛ إذِ المحل شرط النفاد لا شرط الإيجاب، فحينئذٍ يصح إيجاب الألف ويثبت ما في ضمنها وتقدر بقدر المحل. إليه أشار صاحب الأسرار والإمام التمرتاشي.

قوله: (وينبغي أن تقع تطليقة) شرحٌ لإطلاق جواب محمد؛ فإنه لم يتعرض لوصف الإبانة، فكان رجعيًّا نظرًا إلى الإطلاق؛ إذْ هو المتيقن.

قوله: (بخلاف الاختيار) متعلق بقوله: **(لأنه ليس من ألفاظ الطلاق)** إلى آخره.

---

(١) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٩٨).

ابتِدَاءً: اختَرتُ نَفسِي فَقَالَ الزَّوجُ: قَد أَجَزتُ لَا يَقَعُ شَيءٌ، إِلَّا أَنَّهُ عُرِف طَلَاقًا بِالإِجمَاعِ إِذَا حَصَلَ جَوَابًا لِلتَّخيِيرِ، وَقَولُهُ طَلِّقِي نَفسَك لَيسَ بِتَنجِيز فَيَلغُو. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ لَا يَقَعُ شَيءٌ بِقَولِهَا أَبَنتُ نَفسِي، لِأَنَّهَا أَتَت بِغَيرِ مَا فَوَّضَ إِلَيهَا، إِذ الإِبَانَةُ تُغَايِرُ الطَّلَاقَ.

(وَلَو قَالَ لَهَا: «طَلِّقِي نَفسَك» فَلَيسَ لَهُ أَن يَرجِعَ عَنهُ) لِأَنَّ فِيهِ مَعنَى اليَمِينِ، لِأَنَّهُ

ولأن الكناية إذا صلحت صفة للصريح؛ يصير الصريح عند ذكر الكناية في مضمون الكلام فيصح جوابًا؛ لأن الجواب تارة يكون صريحًا وتارة يكون ضمنًا، وفيما نحن فيه: البينونة تصلح صفة للصريح؛ فإن الصريح يصير بائنًا بانقضاء العدة، وكذا في غير الموطوءة، بخلاف الاختيار فإن الطلاق لا يصير اختيارًا قط فلم يصلح جوابًا؛ فكذا هذا منها [٤٣٩/ب] إعراضًا فلا يقع شيء، وخرج الأمر من يدها؛ لاشتغالها بما لا يعنيها. كذا في الفوائد الظهيرية[١].

قوله: (**بالإجماع**)؛ أي: بإجماع الصحابة، كما بيناه في فصل الاختيار.

(**فيلغو**)؛ أي **قوله**: (**اخترتُ**)؛ لأنه إذا خرج جوابًا للتخيير؛ يصلح جوابًا، وإلا فلا؛ لأن ذلك ثبت بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره.

بخلاف ما لو قال لها: "أمركِ بيدكِ" ونوى الطلاق، فقالت: اخترتُ نفسي؛ كان جوابًا ويقع؛ لأن الأمر باليد تخيير وزيادة؛ إذْ تقديره تمليك الطلاق، فيكون فيه تخيير وتمليك، فصار عين ما ورد به النص وزيادة؛ فيصح إلحاقه به بالدلالة.

قوله: (**إذِ الإِبَانَةُ تُغَايِرُ الطَّلَاقَ**)؛ لأنها تحصل بدون الطلاق؛ فيكون مغايرًا له فيما أبَتْ بما فوض إليها، وكذا في سائر ألفاظ الكنايات. وبه قال ابن خيران من أصحاب الشافعي[٢].

قوله: (**فليس له أن يرجع**)، وبه قال مالك[٣]، وابن خيران من أصحاب الشافعي[٤].

---

(١) انظر: تبيين الحقائق (٢/ ٢٢٥).
(٢) انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ١٧٥).
(٣) انظر: الشرح الكبير للشيخ الدردير (٢/ ٤٠٦).
(٤) انظر: المهذب للشيرازي (٣/ ٨).

تَعلِيقُ الطَّلَاقِ بِتَطلِيقِهَا، وَاليَمِينُ تَصَرُّفٌ لَازِمٌ، وَلَو قَامَت عَن مَجلِسِهَا بَطَلَ، لِأَنَّهُ تَملِيكٌ، بِخِلَافِ مَا إذَا قَالَ لَهَا: طَلِّقِي ضرَّتَك، لِأَنَّهُ تَوكِيلٌ وَإِنَابَةٌ فَلَا يَقتَصِرُ عَلَى المَجلِسِ وَيَقبَلُ الرُّجُوعَ (وَإِن قَالَ لَهَا: «طَلِّقِي نَفسَكِ مَتَى شِئتِ» فَلَهَا أَن تُطَلِّقَ نَفسَهَا فِي

وعند الشافعي[١]، وأحمد[٢]: يملك الرجوع؛ لأن فيه معنى التمليك والتوكيل، وباعتبار التوكيل؛ يصح الرجوع كما في سائر التوكيلات، وباعتبار التمليك؛ يصح الرجوع قبل القبول كما في سائر التمليكات.

وقلنا: فيه تعليق الطلاق بتطليقها؛ فيكون يمينًا لأن كل تعليق في الطلاق يوجَدُ من الزوج فهو يمين؛ لأن الطلاق مما يخلف، وفي كل تعليق معنى اليمين؛ لما فيه من المنع والحمل كما في الأصول، واليمين تصرف لازم لا يقبل الرجوع بإجماع الأمة؛ لأن اليمين يُعقد للزجر أو الحمل على وجه التأكيد؛ فلو قَبِلَت الرجوع ما أفادت فائدتها.

وفيه معنى التمليك؛ لما ذكرنا لأنها تتصرّف لنفسها لا لغيرها؛ فباعتباره يُقْصَرُ على المجلس؛ عملًا بالمعنيين، ولا يمكن العكس. يعرف بالتأمل.

ولهذا لو وكّلها بطلاق نفسها لا يملك الرجوع؛ لما قلنا ويقتصر على المجلس. وبه قال بعض أصحاب الشافعي[٣].

(**بخلاف ما إذا قال لها: طلقي ضرَّتَكِ؛ لأنه توكيل**)؛ لأن بالطلاق لا تعمل لنفسها، والتوكيل لا يقتصر على المجلس؛ لأنه لو اقتصر على المجلس ربما لا يَقدر على الفعل في المجلس، فلا يحصل الغرض بالتوكيل، وهو: الاستعانة بالغير وأنه إنما يوكله؛ ليقوم مقامه حال غيبته وبالاقتصار لا يحصل ذلك. إليه أشير في الجامع[٤].

(**ويقبل الرجوع**)؛ لأن فيه نوع منة على المستعين، وفي لحوق المنة به

---

(١) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (١٤/ ٨٣).
(٢) انظر: الهداية على مذهب الإمام أحمد (ص: ٤٢٢).
(٣) انظر: الوسيط في المذهب (٥/ ٣٨٣).
(٤) انظر: تبيين الحقائق (٢/ ٢٢٦).

المَجلِسِ وَبَعدَهُ) لِأَنَّ كَلِمَةَ «مَتَى» عَامَّةٌ فِي الأَوقَاتِ كُلِّهَا فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ فِي أَيِّ وَقت شِئت.

(وَإِذَا قَالَ لِرَجُلٍ: «طَلِّق امرَأَتِي» فَلَهُ أَن يُطَلِّقَهَا فِي المَجلِسِ وَبَعدَهُ) وَلَهُ أَن يَرجِعَ عَنهُ، لِأَنَّهُ تَوكِيلٌ، وَأَنَّهُ استِعَانَةٌ، فَلَا يَلزَمُ وَلَا يَقتَصِرُ عَلَى المَجلِسِ، بِخِلَافِ قَولِهِ لِامرَأَتِهِ: طَلِّقِي نَفسَك، لِأَنَّهَا عَامِلَةٌ لِنَفسِهَا فَكَانَ تَملِيكًا لَا تَوكِيلًا (وَلَو قَالَ لِرَجُلٍ: طَلِّقهَا إن شِئتَ، فَلَهُ أَن يُطَلِّقَهَا فِي المَجلِسِ خَاصَّة) وَلَيسَ لِلزَّوجِ أَن يَرجِعَ. وَقَالَ زُفَرُ رحمه الله: هَذَا وَالأَوَّلُ سَوَاءٌ، لِأَنَّ التَّصرِيحَ بِالمَشِيئَةِ كَعَدَمِهِ، لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ عَن مَشِيئَتِهِ، فَصَارَ كَالوَكِيلِ بِالبَيعِ إِذَا قِيلَ لَهُ: بِعهُ إن شِئتَ. وَلَنَا: أَنَّهُ تَملِيكٌ، لِأَنَّهُ عَلَّقَهُ بِالمَشِيئَةِ وَالمَالِكُ هُوَ الَّذِي يَتَصَرَّفُ عَن مَشِيئَتِهِ، وَالطَّلَاقُ يَحتَمِلُ التَّعلِيقَ بِخِلَافِ البَيعِ لِأَنَّهُ لَا يَحتَمِلُهُ.

ضرر عليه؛ فيملك الرجوع.

(وبعده)؛ أي: بعد المجلس، ولا خلاف للأئمة الأربعة فيه.

ولا يملك الرجوع؛ لما قلنا خلافًا للشافعي وأحمد.

(والأولُ) واضِح وهو قوله لأجنبي: "طَلِّق امرأتي" بدون ذكر مشيئة، وبقول زفر قال أصحاب الشافعي[١].

(ولنا أنه)؛ أي: قول الزوج لرجل: طلقها إن شئتَ، **(تمليك)** فيقتصر على المجلس. وبه قال مالك[٢]، والثوري، والليث.

بيانه: قول الزوج: طلقها؛ يصح للتوكيل وللتمليك؛ لأنه مالك فيملك إبانة غيره وتمليكه على ما هو الأصل في الملك، فإذا أطلق كان توكيلًا؛ لأن تصرفه يقع للموكل، وإذا قيد بالمشيئة كان تمليكًا؛ لأن **(المالك هو الذي يتصرف)** بمشيئته واخياره وتدبيره وإيثاره، أما غيرُ المالك؛ يطلب التصرف منه حتمًا.

فإذا ذكر المشيئة فيما يحتمل التعليق على وجه الشرط؛ يصح ذكر المشيئة ويصير لازمًا، بخلاف التوكيل بالبيع؛ لأن ذكر المشيئة على وجه الشرط، و**(البيع لا يحتمل)** التعليق -أي بشرطٍ- لا يكون من مقتضيات البيع المشيئة،

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ١٧٩).
(٢) انظر: الاستذكار (٦/ ٣٤).

....

وبدون ذكر المشيئة لا يصير لازمًا، والتوكيل وإن كان قابلًا للتعليق؛ لكنه اعتبرَ بأصل البيع حتى لا يحتمل التعليق. كذا ذكرهُ قاضي خان[١].

فإن قيل: الوكيل يتصرف عن مشيئة واختيار.

قلنا: نشأ ذلك الاختيار من عدم نفاذ الأمر عليه؛ لعدم الولاية لا من الصيغة؛ لأن الصيغة ملزمة إذا صدرت من ذي ولاية، فمتى قال لأجنبيٍّ: إن شئتَ، فالمشيئة جاءت من الصيغة صريحًا وأثبتت خاصية المالكية، فكان هذا الكلام تمليكًا لا التزامًا؛ ألم تر إلى قوله تعالى: ﴿ٱعۡمَلُواْ مَا شِئۡتُمۡ﴾ [فصلت ٤٠] لم يكن التزامًا بل تمليكًا.

وتشريحه أنَّ المشيئة نوعان: نوع يذكر ويراد الاختيار في الفعل بمعنى نفي الغلبة ودفع الاضطرار، والوكيل موصوفٌ بهذه المشيئة.

ونوع يراد به إيثار الفعل أو الترك لمصلحة، وأنه معنى كما في قوله: ﴿ٱعۡمَلُواْ مَا شِئۡتُمۡ﴾ [فصلت ٤٠] والإيثار يبنى على استحسان الفعل لمصلحةٍ، وأنه معنى آخر وراء المشيئة بمعنى نفي الغلبة ودفع الاضطرار، والوكيل غير موصوف بهذه المشيئة، والموكل المالك هو الذي يؤثر الفعل أو الترك، فإذا فوّض الأمر إلى الوكيل وقطع [٤٤٠/أ] تدبيره ورأيه، وتركه لمصلحة ما، فكان قوله: طلقها "إن شئتغ" تمليكًا لا توكيلًا.

فيعلم من هذا: أن التصريح بالمشيئة ليس كعدمه فإن ذكر المشيئة صار تمليكًا بعد أن كان توكيلًا، وتحمل المشيئة على المعنى الثاني لا على نفي الاضطرار؛ صيانة لتصرف العاقل عن الإلغاء؛ إذْ لو حملت على نفي الاضطرار لم تُفِدْ إلا ما أفاد السكوت، وفيه إلغاء تصرف العاقل.

وفي المبسوط: لو قال لغيره: "طلِّقها" فهو رسول؛ معناه: أن الرسول والوكيل في الطلاق سواء؛ لأنه سفير ومعبر، والرسالة لا تختص بالمجلس، بخلاف ما لو قال له: طلقها إن شئتَ؛ حيث يقتصر على المجلس؛ لأن تأخر

(١) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٣٩٥).

(وَلو قَالَ لَهَا: «طَلِّقِي نَفسَك ثَلَاثًا» فَطَلَّقت وَاحِدَة، فَهِيَ وَاحِدَةٌ) لِأَنَّهَا مَلَكَت إِيقَاعَ الثَّلَاثِ فَتَملِكُ إِيقَاعَ الوَاحِدَةِ ضَرُورَة (وَلَو قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفسَك وَاحِدَةً فَطَلَّقَت نَفسَهَا ثَلَاثًا لَم يَقَع شَيءٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: تَقَعُ وَاحِدَةٌ)(*) لِأَنَّهَا أَتَت بِمَا مَلَكَتهُ وَزِيَادَة، فَصَارَ كَمَا إِذَا طَلَّقَهَا الزَّوجُ أَلفًا. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهَا أَتَت بِغَيرِ مَا

كلامه يبين أن مراده تمليك أمرها منه لا الرسالة، وجواب التمليك يقتصر على المجلس، أما في حقها لا تتحقق الرسالة؛ فإنها لا تكون رسولًا إلى نفسها؛ فيكونُ تمليكًا سواء ذكر المشيئة أو لا[1].

وفي جامع العتابي: ولو طلقها بلا مشيئة بأن جرى على لسانه الطلاق من غير مشيئة؛ لا يقع، فعلم أنه مالك؛ إذِ المالك هو الذي يعمل بمشيئة نفسه، بخلاف الوكيل؛ فإنه يعمل بمشيئة الموكل ورأيه لا بمشيئة نفسه، حتى لو طلقها بلا مشيئة؛ يصح.

قوله: (فهي واحدة)؛ أي: بالاتفاق، وبه قال الشافعي[2] وأحمد[3].

وقال مالك: لا يقع؛ لأنها أتت بغير ما فوّض إليها[4].

قوله: (وقالا تقع واحدة)، وبه قال الشافعي[5]، ومالك[6]، وأحمد[7].

وقوله: (وزيادة) بالجر عطفًا على **(بما)**، وهذا لأن الواحدة موجودة في الثلاث، فصار كما لو قالت: طلقتُ نفسي واحدة وواحدة وواحدة، وكما لو قال لها: طلقي نفسك فطلَّقَتْ نفسها وضرتها، أو قال لعبده: أعتق نفسك فأعتق نفسه وصاحبه، وكما لو قال لها: طلقي نفسك، فقالت: أبنتُ نفسي؛ تقع عليها رجعية، وبما زادت من صفة البينونة لا تنعدم الموافقة في أصل الطلاق، فكذا إذا أوقعت الثلاث؛ لأن موجب الثلاث: البينونة الغليظة.

(*) **الراجح: قول أبي حنيفة.**
(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢٠٣).
(٢) انظر: البيان للعمراني (١٠/ ٨٤).
(٣) انظر: الهداية للكلوذاني (٤٢٠).
(٤) انظر: المدونة لابن القاسم (٢/ ٢٧٩).
(٥) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ١٨٠).
(٦) انظر: التبصرة للخمي (٦/ ٢٧٠٦).
(٧) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤١٢).

فَوَّضَ إِلَيهَا فَكَانَت مُبتَدِئَة، وَهَذَا لِأَنَّ الزَّوجَ مَلَّكَهَا الوَاحِدَةَ، وَالثَّلَاثُ غَيرُ الوَاحِدَةِ، لِأَنَّ الثَّلَاثَ اسمٌ لِعَدَد مُرَكَّب مُجتَمِع، وَالوَاحِدَةُ فَردٌ لَا تَركِيبَ فِيهِ، فَكَانَت بَينَهُمَا مُغَايِرَةٌ عَلَى سَبِيلِ المُضَادَّةِ، بِخِلَافِ الزَّوجِ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ بِحُكمِ المِلكِ، وَكَذَا هِيَ

قوله: (فكانت مبتدئة) فتوقف إيقاعها على إجازته كما لو قال لها: طلقي نفسكِ فطلقت ضرَّتها. وبقول أبي حنيفة قال زفر، ومالك في رواية.

(بينهما)؛ أي بين الواحدة والثلاث **(مغايرة على سبيل المضادة)**؛ لأن الواحدة أصل العدد لا يتركب فيها، والثنتان أو الثلاث اسم للعدد المذكور المركب؛ فيكون بينهما تضاد بخلاف قولها: واحدة وواحدة وواحدة؛ لأنها بالكلام الأول تكون ممتثلة لما فوض إليها، وفي الكلام الثاني والثالث مبتدأة، وكذا لو أوقعت على نفسها وضرتها.

فإن قيل: فكذلك هاهنا بقولها: "طلقتُ نفسي" ممتثلة لو اقتصرت عليه، وتكون مبتدَأة بقولها "ثلاثًا" فتلغُو الزيادة.

قلنا: الطلاق متى قرن بالعدد؛ كان الوقوع بالعدد، وإلا لم تقع الثلاث على غير الموطوءة بقوله: أنت طالق ثلاثًا، والحالُ أنه يقع الطلاق بالإجماع، وكذا لو ماتت قبل قولها: ثلاثًا؛ لا تقع الثلاث، فحينئذٍ كان الإيقاع بذكر الثلاث، وفيه مخالفة.

بخلاف قولها: أبنتُ نفسي؛ أي: طلقتها تطليقة بائنة، فأصل الطلاق يقع بقولها "[طلقت][(١)] نفسي" لا بذكر صفة البينونة وهي في ذلك ممتثلة.

وبخلاف ما لو قال لها: طلقي نفسك ثلاثًا، فطلقت واحدة؛ لأن الثلاث غير الواحدة، ولكن من ضرورة صيرورة الأمر من يدها في واحدة صيرورة الثلاث في يدها فكانت في إيقاع الثلاث غير متصرفة[(٢)] فيما تملك ولا ممتثلة أمره. كذا في المبسوط[(٣)].

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) في الأصل: (فكانت في إيقاع لا تكون متصرفة) وما أثبتناه من المبسوط.
(٣) المبسوط للسرخسي (٦/ ١٩٩).

فِي المَسأَلَةِ الأُولَى لِأَنَّهَا مَلَكَت الثَّلَاث، أَمَّا هَاهُنَا لَم تَملِك الثَّلَاث وَمَا أَتَت بِمَا فُوِّضَ إِلَيهَا فَلَغَت.

(وَإِن أَمَرَهَا بِطَلَاق يَملِكُ الرَّجعَةَ، فَطَلَّقَت بَائِنَةً، أَو أَمَرَهَا بِالبَائِنِ فَطَلَّقَت رَجعِيَّةً، وَقَعَ مَا أَمَرَ بِهِ الزَّوجُ) فَمَعنَى الأَوَّلِ أَن يَقُولَ لَهَا الزَّوجُ: طَلِّقِي نَفسَك وَاحِدَة أَملِكُ الرَّجعَةَ فَتَقُولُ: طَلَّقت نَفسِي وَاحِدَة بَائِنَة فَتَقَعُ رَجعِيَّة، لِأَنَّهَا أَتَت بِالأَصلِ وَزِيَادَةِ وَصفٍ كَمَا ذَكَرنَا فَيَلغُو الوَصفُ وَيَبقَى الأَصلُ، وَمَعنَى الثَّانِي: أَن يَقُولَ لَهَا طَلِّقِي نَفسَك وَاحِدَةً بَائِنَةً، فَتَقُولُ: طَلَّقت نَفسِي وَاحِدَةً رَجعِيَّةً فَتَقَعُ بَائِنَةً، لِأَنَّ قَولَهَا

فإن قيل: قد ذكر في المبسوط في أول فصل الأمر باليد: أن الزوج إذا قال لها: "أمركِ بيدكِ" ونوى الواحدة، وهي طلقت نفسها ثلاثًا؛ تقع واحدة عندنا خلافًا لابن أبي ليلى، فعلى ما ذكر أبو حنيفة هاهنا ينبغي أن لا تقع؛ لأنها أتت بغير ما فوض إليها؛ لأن الثلاث غير الواحدة.

قلنا: الجواب ما قلناه هناك: أن التفويض لم يتعرض لشيءٍ؛ فقد يكون خاصًا وقد يكون عامًا، فإذا نوى فقد قصد تفويضًا خاصًا وهو غير مخالف للظاهر، فلما أوقعت ثلاثًا؛ فقد أوقعته فيما هو أصل التفويض، وهو لا يكون أقل من الواحدة فتقع الواحدة.

فإن قيل: مذهبنا أن الواحدة لا عين العشرة ولا غيرها، فينبغي أن تقع من حيث أنها لا غير الثلاث.

قلنا: المغايرة بين أسماء الأعداد أصلها ونفسها فوق المغايرة بين ألفاظ العموم والخصوص حتى جرى المجاز والاستعارة بين العام والخاص، ولا يجري بين أسماء الأعداد؛ لأنها بمنزلة الإعلام، فيقال: ستة ضعف ثلاثة بغير تنوين؛ للعلمية والتأنيث، ولا يجوز إطلاق لفظ الثلاثة على غيرها لا بطريق الحقيقة ولا بطريق المجاز، فعلم أن المغايرة بينهما ثابتة من كل وجه.

وأما قولنا: "لا غيرها" [٤٤٠/ب] فباعتبار عدم تصور الأكثر منها بدون الأقل منه، وبهذا الاعتبار لا يقدح ثبوت المغايرة بينهما بحسب العُرف والاستعمال مع أن الواحد في العشرة الموجودة، وأما الثلاث فهاهنا معدوم،

وَاحِدَة رَجعِيَّة لَغوٌ مِنهَا، لِأَنَّ الزَّوجَ لَمَّا عَيَّنَ صِفَةَ المُفَوَّضِ إِلَيهَا فَحَاجَتُهَا بَعدَ ذَلِكَ إِلَى إِيقَاعِ الأَصلِ دُونَ تَعيِينِ الوَصفِ، فَصَارَ كَأَنَّهَا اقتَصَرَت عَلَى الأَصلِ فَيَقَعُ بِالصِّفَةِ الَّتِي عَيَّنَهَا الزَّوجُ بَائِنًا أَو رَجعِيًّا (وَإِن قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفسَك ثَلَاثًا إن شِئت، فَطَلَّقَت نَفسَهَا وَاحِدَة لَم يَقَع شَيءٌ) لِأَنَّ مَعنَاهُ: إن شِئت الثَّلَاث، وَهِيَ بِإِيقَاعِ الوَاحِدَةِ مَا شَاءَت الثَّلَاث، فَلَم يُوجَد الشَّرطُ (وَلَو قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفسَك وَاحِدَة إن شِئت فَطَلَّقَت

والواحد الموجود غير الثلاث المعدوم لا محالة.

قوله: (لم يقع شيء) وبه قال الشافعي[(١)]، ومالك[(٢)]؛ لأن معناه إن شئت الثلاث؛ لأن قوله: إن شئت شرط فلابدَّ له من الجزاء ولم يذكر بعد، فكان جزاؤه ما ذكر قبل الشرط، والمذكور قبل الشرط ثلاث فصار كما [إذا][(٣)] قال: **(إن شئت الثلاث)** و**(بإيقاع الواحدة ما شاءت الثلاث)** بل شاءت الواحدة **(فلم يوجد الشرط)** فلم يقع شيء.

فعلى هذا لو قالت: شئت واحدة وواحدة وواحدة؛ وقع الثلاث، دخل بها أو لا، وبه قال [أصحاب][(٤)] الشافعي؛ لأن تمام الشرط بآخر كلامها فما لم يتم الشرط لا يترك الجزاء؛ ولهذا تقع الثلاث عند تمام الشرط جملة. وبه قال الشافعي.

ولو قالت: "شئت واحدة" وسكتت، ثم قالت: قد شئت واحدة وواحدة؛ لم يقع عليها شيء؛ لأن كلامها يفرق بسكوتها، وهي في الكلام الأول شاءت غير ما جعلهُ الزوج شرطًا؛ فكان ذلك بمنزلة قولها: "لا أشاء" فلم تكن لها مشيئة بعد ذلك؛ فكذا هاهنا. كذا في المبسوط[(٥)].

والفرقُ بين هذه المسألة وبين قوله لها: طَلِّقي نفسك ثلاثًا، فطلقت واحدة؛ تقع واحدة. وفي هذه المسألة لم يقع شيء: [أنها إذا ملكت إيقاع الثلاث ملكت أجزاء الطلاق أيضا؛ فملكت إيقاع الواحدة فتقع][(٦)]، وهاهنا لم تقع الواحدة؛ لعدم وجود الشرط، وهو: مشيئة الثلاث، وبمشيئة الواحدة لا يقع

---

(١) انظر: العزيز شرح الوجيز للرافعي (٨/ ٥٥١).
(٢) انظر: التبصرة للخمي (٦/ ٢٧٣١).
(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٥) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٩٩).
(٦) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

ثَلَاثًا وَكَذَلِكَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) لِأَنَّ مَشِيئَةَ الثَّلَاثِ لَيسَت بِمَشِيئَة لِلوَاحِدَةِ كَإِيقَاعِهَا (وَقَالَا: تَقَعُ وَاحِدَةٌ)(*) لِأَنَّ مَشِيئَةَ الثَّلَاثِ مَشِيئَةٌ لِلوَاحِدَةِ، كَمَا أَنَّ إِيقَاعَهَا إِيقَاعٌ لِلوَاحِدَةِ فَوُجِدَ الشَّرطُ.

(وَلَو قَالَ لَهَا: أَنتِ طَالِقٌ إن شِئتِ، فَقَالَت: شِئتُ إن شِئتَ، فَقَالَ الزَّوجُ: شِئتُهُ، يَنوِي الطَّلَاقَ بَطَلَ الأمرُ) لِأَنَّهُ عَلَّقَ طَلَاقَهَا بِالمَشِيئَةِ المُرسَلَةِ، وَهِيَ أَتَت بِالمُعَلَّقَةِ، فَلَم يُوجَد الشَّرطُ، وَهُوَ اشتِغَالٌ بِمَا لَا يَعنِيهَا، فَخَرَجَ الأَمرُ مِن يَدِهَا، وَلَا يَقَعُ الطَّلَاقُ بِقَولِهِ: «شِئتُ» وَإِن نَوَى الطَّلَاقَ، لِأَنَّهُ لَيسَ فِي كَلَامِ المَرأَةِ ذِكرُ

شيء؛ لأن المشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط.

قوله: (وكذلك عند أبي حنيفة)؛ أي: لم يقع شيء، وبه قال الشافعي(١).

قوله: (كإيقاعها)؛ أي: كإيقاع الواحدة فيما لو قال: لها طلقي نفسك واحدة، فطلقت ثلاثًا؛ لم يقع شيء عند أبي حنيفة لما بينا.

قوله: (فخرج الأمر من يدها) كما لو علقت بمشيئة رجل آخر.

(ولا يقع الطلاق بقوله: شئت) وبه قال الشافعي في وجه(٢).

[قلنا يملك](٣) الإيقاع بمشيئة الطلاق، وهو بهذا اللفظ شاء مشيئتها؛ لأنه قصد جوابها، حتى لو قالت: شئت الطلاق؛ يقع. كذا في المبسوط(٤).

سواء أراد بهذا اللفظ جوابها أو ذكره ابتداء، وإنما تشترط النية بذكر الطلاق صريحًا؛ لأنه قد يقصد وجوده وقوعًا وقد يقصد وجوده ملكًا فلابدَّ من النية؛ لتتعين جهة الوجود وقوعًا(٥).

وفي المحيط: لو قال لها: شئت طلاقك، ذكر في شرح شيخ الإسلام: يقع الطلاق بلا نية الإيقاع(٦).

قوله: (ليس في كلام المرأة ذكر) فإن قيل: كلامها لما كان بناءً على كلام

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) انظر: البيان للعمراني (١٠/ ٨٤).

(٢) انظر: حلية العلماء (٧/ ١٠٠).

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٤) المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ٢٠٢).

(٥) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٢٨).

(٦) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٢١٠).

الطَّلَاقِ لِيَصِيرَ الزَّوجُ شَائِيًا طَلَاقَهَا، وَالنِّيَّةُ لَا تَعمَلُ فِي غَيرِ المَذكُورِ حَتَّى لَو قَالَ: شِئتُ طَلَاقَك يَقَعُ إذَا نَوَى، لِأَنَّهُ إِيقَاعٌ مُبتَدَأٌ، إذ المَشِيئَةُ تُنبِئُ عَن الوُجُودِ، بِخِلَافِ قَولِهِ: «أَرَدتُ طَلَاقَك»، لِأَنَّهُ لَا يُنبِئُ عَن الوُجُودِ.

(وَكَذَا إذَا قَالَت: شِئتُ إن شَاءَ أَبِي، أَو شِئتُ إن كَانَ كَذَا لِأَمرٍ لَم يَجِئ بَعدُ)

وقد ذكر الزوج الطلاق؛ فيكون مذكور في كلامها تقديرًا.

قلنا: الجواب يعتمد كلامَها، وكلامُها لغو؛ لأنه اشتغال بما لا يعنيها فيلغو ما يبنى عليه.

قوله: (المشيئة تنبئ عن الوجود) فصار كأنه قال: أوقعتُ طلاقكِ؛ لأن المشيئة مأخوذة عن الشيء، والشيء اسم للموجود، فكان قوله "شئت" بمنزلة قوله: أوجدتُ، وإيجاد الطلاق بإيقاعه. **(بخلاف)** الإرادة فإنها لغة عبارة عن الطلب، قال عليه السلام: «**الْحُمَّى رَائِدُ الْمَوْتِ**»[1] أي طالبه.

وفي المثل: لا يكذب الرائد أهله؛ أي: طالب العشب، وليس من ضرورة الطلب الوجود.

وعن أبي حنيفة [ما يدل][2] عليه، والتفرقة بينهما استدلالًا بهذه المسألة.

وتجوز التفرقة بينهما بالنسبة إلى العباد[3]، والتسوية بالنسبة إلى الله تعالى؛ لأن ما يطلبه يوجد كما يشاء بخلاف العباد. كذا في الفوائد الظهيرية[4].

فإن قيل: إن الله تعالى طلب الإيمان من فرعون وأبي جهل وأمثالهما بالأمر ولم يوجد منهم.

قلنا: الطلب من الله تعالى على نوعين: طلب من المكلف على وجه الاختيار، وهو المسمَّى: بالأمر، ولا يلزم منه الوجود؛ لتعلقه باختيار المكلف.

---

(١) أخرجه أبو نعيم الأصفهاني في طب النبوي (٢/ ٥٥٨، برقم٥٨١)، وحسنه السخاوي بالمقاصد الحسنة (٣١٤).

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٣) هذا جواب سؤال نقله في البناية (٥/ ٣٩٩): وقال الأكمل: فإن قيل ذهب علماؤنا في أصول الدين أن الإرادة والمشيئة واحدة، فما هذه التفرقة؟.

(٤) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٣٩٩).

لِمَا ذَكَرنَا، أَنَّ المَأتِيَّ بِهِ مَشِيئَةٌ مُعَلَّقَةٌ فَلَا يَقَعُ الطَّلَاقُ وَبَطَلَ الأَمرُ (وَإِن قَالَت: قَد

وطلبٌ لا تعلق له باختيار العبد، وهو المسمَّى: بالمشيئة والإرادة، والوجود من لوازمها؛ إذْ لو لم يكن يلزم العجز وهو منزه عنه بخلاف العباد.

قال شيخي العلامة: هذا ما أشير إليه في عامة الكتب في بيان هذه المسألة، ولكنه مشكل؛ لأن ما ذكروه يشير إلى [أن](١) الإيجاد [هو المعنى الأصلي للمشيئة وليس كذلك؛ فإن المشيئة مفسرة في أكثر كتب اللغة بالإرادة لا بالإيجاد](٢)، ومستعمله في القرآن والحديث وفي تراكيب كلام الناس: بمعنى الإرادة دون الإيجاد، قال تعالى: ﴿وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَٰلِكَ لِمَن يَشَآءُ﴾ [النساء ٤٨]، و﴿يُدْخِلُ مَن يَشَآءُ فِى رَحْمَتِهِۦ﴾، وقال عليه السلام: «**إن شئت أن تقوم فقم وإن شئت أن تقعد فاقعد**»(٣) ومثله كثير، فكان بناء إثباتها عن الوجود مأخوذة من الشيء بمعنى: الموجود غير قوي، ولو كان أصل معناها الإيجاد؛ [٤٤١/أ] ينبغي ألا يتوقف على النية.

وما ذكروه من العذر ليس بصحيح؛ لأن قوله: "شئت" مضافًا إلى نفس الطلاق؛ فكانت حقيقة إيجاد نفس الطلاق على تقدير معناه أن يكون: "**أوجدت**" وإيجاد مالكية الطلاق مجازة، ومثل هذا الاحتمال لا يمنع ثبوت موجب الكلام ولا يوجب توقفه على النية؛ بل يوجب ثبوت هذا المحتمل والمجاز على النية، فعرف أن معناها الأصلي هو الإرادة لا الإيجاد.

ولكن يحتمل جواز استعماله في الإيجاد باعتبار أن لفظ الشيء مشتركٌ بين المصدر بمعنى الإرادة وبين الموجود، يقال: شاء شياءً ومشيئة؛ أي: أراد إرادة، وكل شيءٍ يحدث بخلق الله تعالى، وقد ثبت من طريق العُرف أنهم يصوغون من لفظ "هو" حرف أو اسم أو جملة مصدر، أو يصرفونه صرف المصادر الأصلية كالتسويف والحوقلة والبسملة والحيعلة؛ فإنهم صاغوها من:

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) أخرجه أبو داود (١/ ٢٥٤، برقم ٩٧٠)، وابن حبان (٥/ ٢٩١، برقم ١٩٦١).

....

سوف، ومن لا حول ولا قوة إلا بالله، ومن حيَّ على الصلاة، ومن اسم الله.

فكأن هذا القائل لما نوى الإيقاع بقوله: "شئتُ طلاقكِ" قد جعل الشيء الذي هو بمعنى الوجود مصدرًا وأخذ منه الفعل ولم يغيره إلى صيغة أخرى كما غيروا "سوف" إلى التسويف؛ لأن نفسه يصلح للمصدرية؛ إذْ هو مصدر شاء بمعنى أراد، فهذا الطريق يحتمل أن يكون الشيء بمعنى الإيجاد، وشئت بمعنى أوجدت، فعلم أن الإيجاد محتمل هذا اللفظ لا موجبُه؛ فيحتاج إلى النية، بخلاف الإرادة؛ فإنها لا تحتمل معنى الإيجاد؛ لما قلنا: فلا يقع به الطلاق وإن نوى؛ لأن النية لم تصادف محلًّا فلا يقع به الطلاق كما في قولك: هويتُ طلاقكِ أو أحببتُ طلاقكِ.

وحاصل ما ذكره: أن الإرادة والمشيئة شيئان في المعنى؛ ولهذا لا يقع بهما عند عدم النية، إلا أن المشيئة تحتمل الإيجاد بالطريق الذي ذكرنا لا الإرادة.

وفي المبسوط: لو قال لها: "شائي الطلاق" تنوي به الطلاق، فقالت: شئت؛ فهي طالق، وإن لم تكن له نية؛ لا تطلق؛ لما بينا أن مشيئتها من عمل قلبها كاختيارها، فكان بمنزلة: اختاري الطلاق، وقالت: اخترت، إن نوى الزوج الإيقاع؛ يقع، فكذلك في المشيئة[١].

ولو قال لها: أحبِّي الطلاق أو أريدي الطلاق أو اِهْوي الطلاق، فقالت: قد فعلت؛ كان باطلًا، وإن نوى؛ [لأن][٢] الإرادة والمحبة والهوى من العباد نوع تَمنٍّ [فكأنه قال لها: تمنّي][٣] فقالت: تمنيت؛ لا يقع؛ وهذا لأن المشيئة في صفات المخلوقين ألزم من الإرادة والهوى والمحبة لغة؛ ألا ترى أن المشيئة لا تذكر مضافةً إلى غير العقلاء، وقد تذكر الإرادة قال الله تعالى: ﴿فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَن يَنقَضَّ﴾ [الكهف ٧٧] وليس إلى الجدار شيء من الإرادة[٤]. وفيه نوع تأمل.

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢٠١).
(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من المبسوط.
(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من المبسوط.
(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢٠٢).

شِئتُ إن كَانَ كَذَا ـ لِأَمرٍ قَد مَضَى ـ طَلُقَت) لِأَنَّ التَّعلِيقَ بِشَرط كَائِنٍ تَنجِيزٌ.

(وَلَو قَالَ لَهَا: أَنتِ طَالِقٌ إذَا شِئتِ، أَو إذَا مَا شِئتِ، أَو مَتَى شِئتِ، أَو مَتَى مَا شِئت فَرَدَّت الأَمرَ لَم يَكُن رَدًّا، وَلَا يَقتَصِرُ عَلَى المَجلِسِ) أَمَّا كَلِمَةُ «مَتَى» «وَمَتَى مَا» فَلِأَنَّهُمَا لِلوَقتِ، وَهِيَ عَامَّةٌ فِي الأَوقَاتِ كُلِّهَا، كَأَنَّهُ قَالَ: فِي أَيِّ وَقتٍ شِئت، فَلَا يَقتَصِرُ عَلَى المَجلِسِ بِالإِجمَاعِ، وَلَو رَدَّت الأَمرَ لَم يَكُن رَدًّا، لِأَنَّهُ مَلَّكَهَا الطَّلَاقَ فِي الوَقتِ الَّذِي شَاءَت، فَلَم يَكُن تَملِيكًا قَبلَ المَشِيئَةِ حَتَّى يَرتَدَّ بِالرَّدِّ، وَلَا تُطَلِّقُ نَفسَهَا إلَّا وَاحِدَة، لِأَنَّهَا تَعُمُّ الأَزمَانَ دُونَ الأَفعَالِ فَتَملِكُ التَّطلِيقَ فِي كُلِّ

قوله: (بأمر كائن)(١)؛ أي: ثابت موجود؛ بأن قالت: إن مضى أمس أو إن كانت السماء فوقنا.

فإن قيل: لو كان التعليق به تنجيزًا ينبغي أن يكون تنجيزًا فيما إذا قال: إن فعلتُ كذا أمس، فهو يهودي، وهو يعلم أنه قد فعله فوجب تكفيره ولم يجب.

قلنا: اختلفَ المشايخ فيه؛ فيمنع على رواية، ولئن سلمنا [أنه لا يكفر](٢) قلنا: هذه الألفاظ صارت كناية عن اليمين عُرْفًا، فيحمل عليها؛ تحاميًا عن تكفير المسلم.

قوله: (ولا يقتصر على المجلس)؛ أي: بالإجماع.

فإن قيل: في قوله: إذا شئت أو متى شئت؛ ينبغي أن لا تبقى لها المشيئة بعد القيام عن المجلس، أو إذا انقطع المجلس بقولها: لا أشاء؛ لأن المفوض إليها مشيئة واحدة حتى لا تبقى لها المشيئة مرة أخرى بعد قوله: شئت مرة؛ كما في قوله: إن شئتِ فأنت طالق، فقالت: لا أشاء.

قيل في جوابه: الثابت بها مشيئة واحدة في حق الحنث؛ لأن الحنث متعلقٌ بإيجاد مشيئة واحدة، أما البر فمعلقٌ بنفي المشيئات لا بنفي مشيئة واحدة؛ لأن البر معلق بنفي مشيئة نكرة، فإن قوله: "إن شئتِ" يقتضي مشيئة؛ فالبرُّ متعلق بنفي هذه المشيئة، والنكرة في النفي تعم وفي الإثبات تخص، وإذا كانت النكرة تعم في النفي فإنما يتم البر بنفي المشيئات ولم يوجد فيبقى اليمين. كذا قيل.

---

(١) في مطبوع الهداية (بشرط كائن).

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من البناية.

زَمَان وَلَا تَملِكُ تَطلِيقًا بَعدَ تَطلِيق، وَأَمَّا كَلِمَةُ «إذَا» «وَإِذَا مَا» فَهُمَا وَ«مَتى» سَوَاءٌ عِندَهُمَا. وَعِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحمَةُ اللَّهِ تَعَالَى عَلَيهِ: وَإِن كَانَ يُستَعمَلُ لِلشَّرطِ كَمَا يُستَعمَلُ لِلوَقتِ، لَكِنَّ الأَمرَ صَارَ بِيَدِهَا فَلَا يَخرُجُ بِالشَّكِّ وَقَد مَرَّ مِن قَبلُ.

(وَلَو قَالَ لَهَا: أَنتِ طَالِقٌ كُلَّمَا شِئتِ، فَلَهَا أَن تُطَلِّقَ نَفسَهَا وَاحِدَةً بَعدَ وَاحِدَةٍ حَتَّى تُطَلِّقَ نَفسَهَا ثَلَاثًا) لِأَنَّ كَلِمَةَ «كُلَّمَا» تُوجِبُ تَكرَارَ الأَفعَالِ، إِلَّا أَنَّ التَّعلِيقَ يَنصَرِفُ إِلَى المِلكِ القَائِمِ حَتَّى لَو عَادَت إِلَيهِ بَعدَ زَوج آخَرَ فَطَلَّقَت نَفسَهَا لَم يَقَع شَيءٌ لِأَنَّهُ مِلكٌ مُستَحدَثٌ (وَلَيسَ لَهَا أَن تُطَلِّقَ نَفسَهَا ثَلَاثًا بِكَلِمَة وَاحِدَة) لِأَنَّهَا

(فلا يخرج بالشك)؛ يعني: لو نظرنا إلى كونه للشرط: يخرج الأمر من يدها بالقيام كما في قوله: إن شئت، ولو نظرنا إلى كونه للوقت: لا يخرج؛ فلا يخرج بالشك.

فإن قيل: وجب أن يحمل على الشرط هاهنا تصحيحًا للرد.

قلنا: إنما يحمل على الشرط إذا صدر الرد ممن صدر عنه التعليق؛ لأن إرادة الشرط تختص بمن كان التعليق منه لا بمن صدر الرد منه؛ فلذا لا يحمل على الشرط [٤٤١/ب] تصحيحًا للرد. كذا في الفوائد الظهيرية(١).

قوله: (توجب تكرار الأفعال) فتتناول جميع ما يوجد من الأفعال إلى وقت الموت، وجميع الأفعال إلى وقت الموت لا تتصور في وقت؛ بل تتصور في الأوقات؛ فصارت الأوقات كالمذكور اقتضاء بكلمة "كلما"، فصار كقوله: كلما شئت في الأوقات، فكان لها المشيئة في الوقت وبعده. كذا في مبسوط شيخ الإسلام.

قوله: (ملك مستحدثٌ)، وصحة التفويض منه باعتبار التطليقات المملوكة له، فبوقوع الثلاث ينتهي التفويض، وليس في كلامه ما يدل على الإضافة إلى الملك، ولا له يمين؛ لما فيه من تعليق الطلاق بمشيئتها، واليمين لا يصح إلا في الملك أو مضافًا إلى الملك كما يجيء. وبه قال مالك، والشافعي في قول.

وعند زفر، وأحمد، والشافعي: نفي اليمين في مسألة التخيير هل يبطل التعليق؟

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٤٠٢).

تُوجِبُ عُمُومَ الِانفِرَادِ لَا عُمُومَ الِاجتِمَاعِ، فَلَا تَملِكُ الإِيقَاعَ جُملَة وَجَمعًا .

(وَلَو قَالَ لَهَا: أَنتِ طَالِقٌ «حَيثُ شِئتِ» أَو «أَينَ شِئتِ» لَم تَطلُق حَتَّى تَشَاءَ، وَإِن قَامَت مِن مَجلِسِهَا فَلَا مَشِيئَةَ لَهَا) لِأَنَّ كَلِمَةَ «حَيثُ» «وَأَينَ» مِن أَسمَاءِ المَكَانِ وَالطَّلَاقُ لَا تَعَلُّقَ لَهُ بِالمَكَانِ، فَيَلغُو وَيَبقَى ذِكرُ مُطلَقِ المَشِيئَةِ فَيَقتَصِرُ عَلَى

قوله: (جملة وجمعًا) قيل: معناهما واحد، وقيل: أراد بالجمع أن تقول: طلقتُ وطلقتُ وطلقتُ، وبالجملة أن تقول: طلّقتُ نفسي ثلاثًا، والأصح الأول؛ لأنه ليس في لفظه ما يدل على العدد والعموم؛ فإن قوله "أنتِ طالق" نعت فرد، وتحمل [كلما][١] في تكرار الفعل، فصار بمنزلة ما لو قال: أنت طالق كلما دخلت هذه الدار، ونوى وقوع الثلاث عند الدخلة الأولى؛ لم تعمل نيته، لكنها كلما دخلت وقعت واحدة. كذا في جامع المحبوبي. وتعمل نيته عند الشافعي، وهل تقع واحدة؟ فعلى الاختلاف.

قوله: (فيلغو)؛ أي: ذكر "حيث" و"أين"؛ لأنهما للمكان.

فإن قيل: لما لغا ذكر المكان بقي قوله: أنت طالق شئت، وبهذا لا يقع شيء.

قلنا: يجعل مجازًا عن حرف الشرط؛ لما فيهما من معنى تأخير الطلاق كما في الشرط احترازا عن الإلغاء، ويجعل مجازًا عن حرف "إن"؛ لأنه الأصل في باب الشرط؛ حتى [لا][٢] يقتصر على المجلس؛ لما قلنا: إن المحض الشرط[٣]، وهو الأصل في باب الشرط الذي هو مجاور للمجاز[٤]. كذا في الفوائد الظهيرية، وفيه بحث ذكرناه في شرح المنار وشرح البزدوي خصُوصًا كما في قوله: أنت طالق غدًا[٥]، وعمومًا كما في قوله: أنتِ طالق في أي وقتٍ شئتِ[٦].

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) في النسخة الثالثة: (إن المختص للشرط).
(٤) في الأصل: (وهل الأصل في باب الشرط الذي هو مجوّز) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٥) كشف الأسرار لعبدالعزيز البخاري (٢/ ١٨١).
(٦) كشف الأسرار لعبدالعزيز البخاري (٢/ ٢٠٣).

المَجلِسِ، بِخِلَافِ الزَّمَانِ لِأَنَّ لَهُ تَعَلُّقا بِهِ حَتَّى يَقَعَ فِي زَمَان دُونَ زَمَان، فَوَجَبَ اعتِبَارُهُ عُمُومًا وَخُصُوصًا.

(وَإِن قَالَ لَهَا: أَنتِ طَالِقٌ كَيفَ شِئتِ، طَلُقَت تَطلِيقَةً يَملِكُ الرَّجعَةَ) وَمَعنَاهُ: قَبلَ المَشِيئَةِ، فَإِن قَالَت: قَد شِئتُ وَاحِدَة بَائِنَة أَو ثَلَاثًا وَقَالَ الزَّوجُ: «ذَلِكَ نَوَيتُ» فَهُوَ كَمَا قَالَ، لِأَنَّ عِندَ ذَلِكَ تَثبُتُ المُطَابَقَةُ بَينَ مَشِيئَتِهَا وَإِرَادَتِهِ، أَمَّا إذَا أَرَادَت ثَلَاثًا وَالزَّوجُ وَاحِدَة بَائِنَةً أو عَلَى القَلبِ تَقَعُ وَاحِدَةٌ رَجعِيَّةٌ، لِأَنَّهُ لَغَا تَصَرُّفُهَا لِعَدَمِ المُوَافَقَةِ فَبَقِيَ إيقَاعُ الزَّوجِ، وَإِن لَم تَحضُرهُ النِّيَّةُ تُعتَبَرُ مَشِيئَتُهَا فِيمَا قَالُوا جَريا عَلَى مُوجِبِ التَّخيِيرِ قَالَ - رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنهُ -: وَقَالَ فِي الأَصلِ: هَذَا قَولُ أَبِي

قوله: (قال رضي الله عنه**: قال في الأصل)** إلى آخره، وإنما قال هذا؛ لأن ما أورده في هذا الفصل مسائل الجامع، وليس في أصل رواية الجامع الصغير ذكر قوليهما؛ بل ذكر الرواية على قول أبي حنيفة لا غير، فذكر هذا ليبين أن ما ذكر في الجامع قول أبي حنيفة بدليل ما ذكر في الأصل.

وحاصل الاختلاف راجع إلى أصل الطلاق هل يتعلق بمشيئتها أم لا؟ عنده: لا يتعلق، وبه قال القفال من الشافعية(١).

وعندهما: يتعلق بها أصل الطلاق بأوصافه، وبه قال أبو علي من الشافعية(٢)، وأحمد(٣).

وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا قامت من مجلسها قبل المشيئة، فعنده: تقع واحدة رجعية، وعندهما: لا يقع شيء، والمسألة مستقصاة في الأصول على الخصوص في بيان الوصول في شرح الأصول.

وعلى هذا الخلاف لو قال لعبده: أنت حرٌّ كيف شئتَ. يعتق عنده في الحال ولا مشيئة له، وعندهما: لا يعتق قبل المشيئة، وبه قال الشافعي(٤).

---

(١) انظر: روضة الطالبين للنووي (٨/ ١٥٩).
(٢) انظر: العزيز شرح الوجيز للرافعي (٩/ ١٠٩).
(٣) انظر: الهداية للكلوذاني (٤٣٧).
(٤) انظر: روضة الطالبين للنووي (١٢/ ١٥٦).

حَنِيفَةَ، وَعِندَهُمَا: لَا يَقَعُ مَا لَم تُوقِع المَرأَةُ، فَتَشَاءُ رَجعِيَّة، أَو بَائِنَة، أَو ثَلَاثًا)(*) وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ العِتَاقُ. لَهُمَا: أَنَّهُ فَوَّضَ التَّطلِيقَ إِلَيهَا عَلَى أَيِّ صِفَة شَاءَت فَلَا بُدَّ مِن تَعلِيقِ أَصلِ الطَّلَاقِ بِمَشِيئَتِهَا لِتَكُونَ لَهَا المَشِيئَةُ فِي جَمِيعِ الأَحوَالِ، أَعنِي: قَبلَ الدُّخُولِ وَبَعدَهُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ ﵀: أَنَّ كَلِمَةَ «كَيفَ» لِلِاستِيصَافِ، يُقَالُ كَيفَ أَصبَحت وَالتَّفوِيضُ فِي وَصفِهِ يَستَدعِي وُجُودَ أَصلِهِ وَوُجُودَ الطَّلَاقِ بِوُقُوعِهِ.

قوله: (فلا بدَّ من تعليق أصل الطلاق)؛ لأنه إذا لم يتعلق أصله لا يقع كيف شاءت؛ بل يقع على خلاف أصله، ولا يقع ما شاءت؛ لأنه يقع رجعيًّا بعد الدخول وبائنًا قبله. ويلغو قوله: "كيف شئتِ" في غير الموطوءة؛ لعدم اشتغالها بإثبات الوصف، و"كيف" الاستيصاف[1] يصير جميع الأوصاف معلقًا بها، وذا لا يتحقق بدون تعليق الأصل لما قلنا.

(والتفويض في وصفه)؛ أي: وصف الطلاق (يستدعي وجود أصله)؛ أي: أصل الطلاق؛ قال الشاعر[2]:

خَـلـيـلِـي: كـيـفَ صـبْـرُكَ بـعـدَنـا فقلتُ: وهلْ صبْرٌ فتسألُ عنْ كيفَ

فإن قيل: لما كان تفويضًا في وصفه إلى مشيئتها، فيجب أن تكون هي مستقلة في إثبات [ما شاءت][3] بلا نية الزوج؛ كما في سائر التفويضات.

قلنا: ذكر الطحاوي وأبو بكر الرازي: [أن] لها المشيئة في إثبات وصف البينونة أو الثلاث بلا نية الزوج، وهذا معنى قوله في الكتاب: (وإن لم تحضره النية تعتبر مشيئتها فيما قالوا جريًا على موجب التخيير)، وما ذكر في الكتاب قول الجصاص، وقد راجعتُ الفحول في جواب هذا الإشكال ولم يقرع سمعي جواب شافي فيجب التعويل [على][4] ما ذكره الطحاوي. كذا في الفوائد الظهيرية[5].

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) أي: للسؤال عن وصف الشيء (يقال: كيف أصبحت؟) صحيح أم بك تشويش؟ البناية شرح الهداية (٥/ ٤٠٦).
للسؤال عن وصف الشيء م: (يقال: كيف أصبحت؟) ش: أي: صحيح أم بك تشويش؟.

(٢) من الطويل. انظر: أمالي الزجاجي (ص ٦). (٣) ما بين المعكوفتين زيادة من البناية.

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٥) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٤٠٧).

(وَإِن قَالَ لَهَا: أَنتِ طَالِقٌ كَم شِئتِ، أَو مَا شِئتِ، طَلَّقَت نَفسَهَا مَا شَاءَت)

ولكن ذكر شيخي العلامة في كشفه وجه قول الجصَّاص: أن الحال مشتركة بين البينونة والعدد؛ فيحتاج إلى نية لتعين أحدهما. ولكن فيه ضعفٌ كما ترى[١]. [٤٤٢/أ]

وفي الكافي: وما قاله أبو حنيفة أولى؛ لأن إثبات الموصوف وإن كان فيه تخصيص بعض الأوصاف عن التعليق لِيَصِحَّ الاستيصاف أولى من تعليق أصل الطلاق بالمشيئة وتعميم الأوصاف، وفيه إبطال الاستيصاف؛ لأن الكلام يحتمل التخصيص دون التعطيل، واعتبر هذا بالاستثناء فإن استثناء البعض يصح واستثناء الكل لا يصح[٢].

قوله: (**طلقت نفسها ما شاءت**)، وذكر في أصل رواية الجامع الصغير قال: (إن شاءت طلقت نفسها واحدة أو ثنتين أو ثلاثًا ما لم تقم من مجلسها، وينبغي ألا يبَاح لها أن تطلق نفسها ثلاثًا كما لا يباح للزوج)؛ لكن روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: (أن ذلك مباحٌ لها في التخيير).

واحتمل أن يكون المراد بقوله: إن شاءت طلقت ثلاثًا مشيئة القدرة لا مشيئة الإباحة؛ كقوله تعالى: ﴿فَمَن شَآءَ فَلْيُؤْمِن وَمَن شَآءَ فَلْيَكْفُرْ﴾ [الكهف ٢٩]، كما قال علماؤنا في كتاب العتاق: عبدٌ بين اثنين دبَّر أحدهما نصيبه؛ فالآخر بالخيار إن شاء دبّر نصيبه، وإن شاء استسعى، وإن شاء أعتق، وإن شاء تركه على حاله، وقد علمنا أنه لا يباحُ له عتق نصيبه، وإن عنى به مشيئة القدرة؛ فإنه لو أعتق نصيبه يضمن للمدبر قيمة نصيبه مدبَّرًا. كذا في كشف الغوامض[٣].

وفي الفوائد الظهيرية في المسألة التي تليها: لو طلقت نفسها ثلاثًا على قولهما، أو اثنتين على قول أبي حنيفة؛ لا يكره؛ لأنها مضطرة إلى ذلك؛ لأنها لو فرّقت خرج الأمر من يدها بخلاف ما لو أوقع الزوج ذلك[٤].

(١) كشف الأسرار لعبدالعزيز البخاري (٢/ ٢٠٢).
(٢) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٣٠).
(٣) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٣١).
(٤) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٤٠٦).

لِأَنَّهُمَا يُستَعمَلَانِ لِلعَدَدِ فَقَد فَوَّضَ إِلَيهَا أَيَّ عَدَد شَاءَت (فَإِن قَامَت مِن المَجلِسِ بَطَلَ، وَإِن رَدَّت الأَمرَ كَانَ رَدًّا) لِأَنَّ هَذَا أَمرٌ وَاحِدٌ، وَهُوَ خِطَابٌ فِي الحَالِ فَيَقتَضِي الجَوَابَ فِي الحَالِ.

(وَإِن قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفسَك مِن ثَلَاثٍ مَا شِئتِ، فَلَهَا أَن تُطَلِّقَ نَفسَهَا وَاحِدَة أَو ثِنتَينِ وَلَا تُطَلِّقَ ثَلَاثًا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: تُطَلِّقُ ثَلَاثًا إن شَاءَت)(*) لِأَنَّ كَلِمَةَ «مَا» مُحكَمَةٌ فِي التَّعمِيمِ، وَكَلِمَةَ «مَن» قَد تُستَعمَلُ لِلتَّمييزِ، ....

(لأنهما) أي: (كم) و(ما) **(يستعملان للعدد)** يقال: كم مالُكَ؟ وخذ دراهمي ما شئت؛ أي: العدد الذي شئت، **(فقد فوض إليها أي عدد شاءت)**.

فإن قيل: كلمة (ما) كما تستعمل للعدد تستعمل للوقت كقوله تعالى: ﴿مَا دُمْتُ حَيًّا﴾ [مريم ٣١] فوقع الشك في تفويض العدد فلا يثبت العدد بالشك.

قلنا: هذا معارضٌ بمثله، فإنا لو عملناه بمعنى الوقت؛ لا يبطل بالقيام عن المجلس، ولو عملنا بمعنى العدد؛ يبطل، فوقع الشك في ثبوته فيما وراء المجلس؛ فلا يثبتُ بالشك، ثم رجّحنا جانب العدد بأصل آخر وهو: أن التفويض بمعنى التمليك كما ذكرنا، والتمليكات مقتصرة على المجلس، وذا إنما يكون أن لو كانت معمولة بمعنى العدد لا بمعنى الوقت.

قوله: (لأن هذا أمرٌ واحد) هذا احتراز عن (كلما).

وقوله: (خطابٌ في الحال) احتراز عن "إذا" و "متى" يعني هذا تمليك في الحال؛ لأنه ليس في كلامه ذكر الوقت **(فاقتضى جوابًا في الحال)**، ولا يقال إن "كم" تستعمل في العدد، والواحد ليس بعدد؛ فينبغي ألا يملك الواحد؛ لأنا نقول: الواحد أصل العدد، وفي العُرف تستعمل بمعنى العدد؛ ألا ترى لو قيل: كم معك؟ استقام الجوابُ عن الواحد.

قوله: (تستعمل للتمييز)؛ أي: للبيان كما في قوله تعالى: ﴿فَٱجْتَنِبُوا۟ ٱلرِّجْسَ مِنَ ٱلْأَوْثَـٰنِ﴾ [الحج ٣٠]، وقد تكون صِلة كما في قوله تعالى: ﴿يَغْفِرْ لَكُم مِّن ذُنُوبِكُمْ﴾ [الأحقاف: ٣١] وقوله تعالى: ﴿مَا ٱتَّخَذَ ٱللَّهُ مِن وَلَدٍ﴾ [المؤمنون ٩١]

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

فَحُمِلَ عَلَى تَمييزِ الجِنسِ، كَمَا إِذَا قَالَ: كُلْ مِن طَعَامِي مَا شِئتَ أَو طَلِّق مِن نِسَائِي مَن شَاءَت. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ كَلِمَةَ «مِن» حَقِيقَةٌ لِلتَّبعِيضِ وَ«مَا» لِلتَّعمِيمِ فَعُمِلَ بِهِمَا، وَفِيمَا استَشهَدَا بِهِ تَركُ التَّبعِيضِ بِدَلَالَةِ إِظهَارِ السَّمَاحَةِ أَو لِعُمُومِ الصِّفَةِ وَهِيَ المَشِيئَةُ، حَتَّى لَو قَالَ: مَن شِئتَ كَانَ عَلَى هَذَا الخِلَافِ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

(فحمل على تمييز الجنس)؛ أي: تمييز الطلاق من سائر الأشياء في التفويض، أو هو صلة. كذا في المبسوط[(١)].

فإن قيل: لا يمكن الحمل على التمييز هاهنا من سائر الأعداد؛ لأنه لا مزاحم للثلاث؛ إذِ الطلاق لا يزيدُ على الثلاث وجعلها (صلة) خلاف الأصل فيما لم يكن حمله على التمييز هاهنا من سائر الأعداد لفظًا؛ ألا ترى لو قال: نسائي طوالق إلا نسائي لا يصح الاستثناء، ولو قال: نسائي طوالق إلا هذه وهذه وهذه؛ صح الاستثناء ولم تطلق واحدة منهن؛ لما ذكرنا أن لفظ "نسائي" يتناول أكثر من الأربع، فكذا هاهنا لفظ "ما شئتَ" يتناول أكثر من الثلاث، فتكون "الثلاث" تمييزًا من سائر الأعداد لفظًا.

قوله: (فيعمل بِهِمَا)؛ أي: بالتبعيض والعموم، والتبيين عام بالنسبة إلى الواحدة، وبعض بالنسبة إلى الثلاث، وبقول أبي حنيفة قال الشافعي[(٢)]، وأحمد[(٣)].

(أو لعموم الصفة)؛ أي: في قوله: من نسائي من شاءت، والمسألة مستقصاة في الأصول.

وفي جامع التمرتاشي: لأبي حنيفة أن "من" للتبعيض بالنصّ قال تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة ١٠٣]، وللتعميم بالنص أيضًا قال تعالى: ﴿فَٱجْتَنِبُوا۟ ٱلرِّجْسَ مِنَ ٱلْأَوْثَـٰنِ﴾ [الحج ٣٠]، فتيقنا في التبعيض، وشككنا في التعميم؛ فلا يثبتُ بالشك.

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ٢٢١).

(٢) انظر: حلية العلماء للشاشي (٧/ ٤٢).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤١٠).

....

مسائل تتعلق بهذا الفصل

لو قال: أنتِ طالق ثلاثًا إلا أن تشائي طلقة، فشاءت واحدة؛ تقع واحدة، وقال محمد: لا يقع شيء، وعن أبي يوسف: تقع الواحدة.[٤٤٢/ب]

ولو قال: طلِّقها إن شاء الله وشئتَ، أو قال: أنتِ طالق إن شاء الله وفلان أو شئتِ: أما "شاء الله وفلان"؛ لا يقع بالمشيئة شيء؛ لأنه عطف على ما قيل فيبطل، ولو قال: "إن شئت وشاء فلان"؛ يتعلق بمشيئتهما.

ولو قال: طلقها حين شئتَ؛ بمنزلة قوله: طلقها إذا أو متى شئتَ؛ لأن حين للوقت.

ولو قال: إن شئتِ فأنتِ طالق، إذا شئتِ أو متى شئتِ أو حين شئتِ؛ فلها مشيئتان: مشيئة في الحال ومشيئة في عموم الأحوال؛ لأنه علَّق بمشيئتها في الحال طلاقًا معلقًا بمشيئتها في أي وقت كان، والمعلق بالشرط كالمرسَل عند الشرط، فإذا شاءت في المجلس؛ صار كأنه قال: أنت طالق إذا شئتِ(١).

ولو قال لامرأتيه: إن شئتما فأنتما طالقان فشاءت إحداهما أو شاءتا طلاق أحدهما؛ لا يقع؛ لأن الشرط مشيئتهما طلاقهما ولا يوجد الشرط(٢).

ولو قال لرجلين: إن شئتما فهي طالق ثلاثًا، فشاء أحدهما [واحدة](٣) والآخر ثنتين؛ لا يقع لأنه علق الطلاق بمشيئتهما الثلاث ولم يوجد(٤).

ولو قال لهما: طلقاها ثلاثًا، فطلقها أحدهما واحدةً والآخر ثنتين؛ وقع الثلاث؛ لأن كل واحد ينفرد بإيقاع الثلاث؛ فإذا أوقع بعضَ الثلاث يصح(٥).

ولو قال لها: إن شئتِ فأنتِ طالق، ثم قال لأخرى: طلاقكِ مع طلاق هذه؛ يقع عليها بمشيئة الأولى إن نوى الزوج، وإلا لم يقع؛ لأنه يحتمل

---

(١) انظر الفروع السابقة بالبناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٤٠٩).
(٢) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢٠١).
(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢٠٤).
(٥) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٤٠٩).

....

طلاقك مع طلاق هذه في الوقوع، ويحتمل في الملك - يعني: كلاهما مملوكان لي-؛ فأيهما نوى صُدِّق(١).

لو قال: أنتِ طالق إن شئتِ وأبيتِ أو إن شئتِ ولم تشائي؛ لم تطلق أبدًا؛ لأنه [جعل](٢) المشيئة والإباء شرطًا ولا يمكن اجتماعهما.

ولو قال: إن شئتِ وإن لم تشائي، فشاءت في المجلس؛ طلقت. ولو قامت بلا مشيئة؛ تطلق أيضًا كما لو قال: أنتِ طالق إن دخلتِ الدار وإن لم تدخلي.

أما لو أخَّر الطلاق بأن قال: إن شئتِ وإن لم تشائي فأنت طالق؛ لا تطلق أبدًا.

ولو قال: أنت طالق إن شئتِ وإن أبيتِ؛ فإن شاءت؛ يقع، وإن أبت؛ يقع، وإن سكتت حتى قامت من المجلس؛ لا يقع. وكذا لو قال: إن شئت أو أبيت.

ولو قال: أنت طالق إن أبيتِ أو كرهت طلاقك، فقالت: أبيت؛ تطلق.

ولو قال: إن لم تشائي طلاقكِ فأنتِ طالق، ثم قالت: لا أشاء؛ لا تطلق(٣)؛ لأن قوله "أبيت" صيغة لإيجاد الفعل -وهو الإباء- وقد وُجِد.

وأما قوله: "لم تشائي" صيغته للعدم لا للإيجاد، وعدم المشيئة لا يتحقق بقولها: لا أشاء؛ لأن لها أن تشاء من بعد وإنما يتحقق بالموت.

ولو قال لها: أنتِ طالق إن شئتِ وشئتِ وشئتِ؛ لا يقع حتى تشاء ثلاث مرات.

ولو قال: أنتِ طالق واحدة إن شئت فقالت: شئت نصف واحدة؛ لم تطلق عند أبي يوسف(٤).

ولو قال لها: طلِّقي نفسك، وقال لها رجل آخر: أعتقي عبدكِ إن شئتِ،

---

(١) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢٠٤).
(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) انظر الفروع السابقة بالمحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٢٦٨).
(٤) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٤٠٩).

....

فبدأت بعتق عبدها؛ خرج الأمر من يدها، ولو كان الأمر بالعتق من زوجها فبدأت بالعتق؛ لم يبطل خيارها في الطلاق[١].

وعنه لو قال لها: أنت طالق إن شئت للسُّنة واحدةً؛ فلها المشيئة الساعة لا عند الطهر، فإن شاءت الساعة؛ وقعت عند الطهر، وعلى قياس قول أبي حنيفة إن كانت حائضًا؛ فلها المشيئة حين تطهر بمنزلة قوله: إن شئتِ فأنتِ طالق إذا جاء غدٍ؛ فالمشيئة في الغد.

ولو قال لها: أنتِ طالق وطالق وطالق إن شاء زيد، فقال زيد: شئتُ واحدة؛ لا يقع شيء؛ لأنه ما شاء الثلاث، وكذا لو قالَ: شئتُ أربعًا.

ولو قال: أنتِ طالق إن شئتِ وإن شئتِ اثنتين؛ تقع واحدة.

ولو قال لها: أنتِ طالق إن شئتِ واحدة وإن شئتِ ثنتين، فقالت: شئتُ؛ وقع الثلاث.

ولو قال: اخرجي إن شئتِ ينوي الطلاق؛ فشاءت ولم تخرج؛ وقع[٢].

ولو قالت لزوجها: طلقني وطلقني وطلقني، فقال الزوج: طلّقتُ، فهو ثلاث، ولو قالت: طلقني طلقني طلقني بغير واو، فطلق الزوج؛ فإن نوى واحدة فواحدة وإن نوى ثلاثًا فثلاث[٣]، ولو قال: أنتِ طالق، أو قالَ: فأنتِ طالق؛ فهي واحدة[٤].

ولو قال لامرأتيه: طلِّقا أنفسكما، ثم قال بعده: لا تطلقا؛ لهما الطلاق ما دامتا في المجلس، ولم يكن لها أن تطلق صاحبتها بعد النهي[٥]؛ لأن هذا في حق نفسها تمليك وفي حق صاحبتها توكيل، والتوكيل يبطل بالنهي، والتمليك لا.

(١) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٧٨).
(٢) انظر الفروع السابقة بفتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ١١٣).
(٣) انظر: عيون المسائل للسمرقندي (صـ ٩٧).
(٤) انظر: عيون المسائل للسمرقندي (صـ ٩٩).
(٥) انظر: عيون المسائل للسمرقندي (صـ ١١٤).

بَابُ الأَيْمَانِ فِي الطَّلاقِ

(وَإِذَا أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى النِّكَاحِ وَقَعَ عَقِيبَ النِّكَاحِ، مِثْلُ أَن يَقُولَ لِامرَأَة: «إن تَزَوَّجتُك فَأَنتِ طَالِقٌ»، أَو «كُلُّ امرَأَة أَتَزَوَّجُهَا فَهِيَ طَالِقٌ») ....

قالت لزوجها: تريد أن أطلق نفسي؟ فقال الزوج: نعم، فقالت: طلَّقتُ؛ يُنظَرُ إن نوى الزوج التفويض يقع، وإن نوى الرد لا يقع؛ يعني: طلقي إن استطعت[1].

قالت لزوجها على وجه المزاح: وكيل تُوهيم، فقال: هشتي، فقالت: طلقت نفسي ثلاثًا، فقال: توبر من حرام شُدي مراجدايتا بد شدن، [٤٤٣/أ] ثم تفرقا، ثم أراد أن يراجعها؛ فإن نوى التوكيل بالطلاق ولم ينو العدد؛ له الرجعة، وإن نوى التوكيل بالمفارقة لا العدد؛ لا يملك الرجعة، وهذا على قولهما لا على قول أبي حنيفة؛ لأن المأمور بالواحدة لا يملك إيقاع الثلاث عنده. والفتوى عليه[2].

قال لها: أنت طالق إلا أن يشاء فلان غير ذلك أو يرى أو يحب أو يبدو له غير ذلك؛ فهو على مجلس علم فلان، ولو قال: إلا إن يشاء أو أرى غير ذلك؛ فهو على الأبد إلا أن يموت. كذا في المحيط[3].

باب الأيمان في الطلاق

لما فرع من بيان تنجيز الطلاق صريحًا وكناية وهو الأصل؛ شرع في بيان تعليقه وهو الفرع؛ لأنه مركب من ذكر الطلاق وحرف الشرط، والمركَّب فرعٌ على المفرد أو بمنزلة العارض؛ لعروض حرف الشرط، والأصل عدم العروض، أو لأنه طلاق من وجه والتنجيز من كل وجه.

ثم إن اسم اليمين يقع على الحلف بالله تعالى ويقع على التعليق؛ لأن اليمين لغة القوة.

---

(١) انظر: فتاوى قاضي خان (١/ ٢٢٧).
(٢) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٢٥٩).
(٣) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٢٦٨).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَقَعُ لِقَوْلِهِ ﷺ «لَا طَلَاقَ قَبلَ النِّكَاحِ» وَلَنَا: أَنَّ هَذَا ....

قال الشاعر:

إنَّ الْمَقَادِيرَ بِالْأَوْقَاتِ نَازِلَةٌ وَلاَ يَمِينَ عَلَى دَفْعِ الْمَقَادِيرِ

أي: لا قوة.

وسميت اليمين [بالله][1] يمينًا لزيادة القوة؛ لأن الإنسان منقلب البال فربما لا يثبتُ على ما يقصده، فيذكر اسم الله تعالى على وجه الحمل أو المنع فيتقوى بذلك على ما يريده؛ فكذا يسمَّى يمينًا؛ فكذا في ذكر الشرط والجزاء، [وفيه][2] معنى الحمل أو المنع فسمي يمينًا.

قوله: (وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يقع) ولا يصح هذا التعليق[3]، وبه قال أحمد[4] وأصحاب الظاهر[5]، وهو المروي عن علي رضي الله عنه وابن عباس وعائشة[6].

وقال مالك: إن خصَّ مصرًا أو قبيلة أو امرأة معينة[7]؛ صح إضافته إلى الملك وإلا فلا؛ إذْ في التعميم سد باب النكاح. وبقوله قال: ربيعة، والأوزاعي، والقاسم، وعمر بن عبد العزيز، وابن أبي ليلى[8].

أما لو قال: كل امرأة أتزوجها فهي عليَّ كظهر أمي يصير مظاهرًا مع العموم عند مالك؛ لأن الحرمة ترتفعُ بكفارة واحدة فلا شكَّ فيه[9].

وقال ابن خليل: يصح تعليق العتق بالملك دون الطلاق.

ومذهبنا مروي عن: عمر وابن مسعود وابن عمر وأبي بكر بن عمر وابن حزم وأبي بكر بن عبد الرحمن وشريح والزهري وسعيد بن المسيب والنخعي

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من البناية.
(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من البناية.
(٣) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ٢٥).
(٤) انظر: الكافي لابن قدامة المقدسي (٣/ ١٣٨).
(٥) انظر: المحلى بالآثار (٩/ ٤٦٦).
(٦) انظر: مصنف عبد الرزاق الصنعاني (٦/ ٤١٥) وما بعدها، و مصنف ابن أبي شيبة (٤/ ٦٤) وما بعدها.
(٧) انظر: التبصرة للخمي (٦/ ٢٦٣٨).
(٨) انظر: الاستذكار لابن عبدالبر (٦/ ١٨٧).
(٩) انظر: منح الجليل للشيخ عليش (٤/ ٢٣٥).

تَصَرُّفُ يَمِين لِوُجُودِ الشَّرطِ وَالجَزَاءِ، فَلَا يُشتَرَطُ لِصِحَّتِهِ قِيَامُ المِلكِ فِي الحَالِ، ...

والشعبي ومكحول الشامي وسالم بن عبد الله وعطاء وحماد بن أبي سليمان في آخرين(١).

احتج الشافعي بما روى الترمذي وابن حنبل عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه عليه الصلاة السلام قال: «**لا نذرَ لابن آدمَ فيما لا يملكُ، ولا طلاقَ فيما لا يملكُ، ولا عَتاقَ فيما لا يملكُ، ولا بيعَ فيما لا يملكُ**»(٢)، وبما روى المسوّر بن مخرمة أنه عليه الصلاة السلام قال: «**لا طلاقَ قبلَ النِّكاحِ**»(٣)، وبما روي عن معاذ بن جبل أنه عليه الصلاة السلام قال: «**لا يجوزُ طلاقٌ ولا عتاقٌ ولا بيعٌ ولا وفاءُ نذرٍ فيما لا يملكُ**»(٤) رواه الدارقطني.

وسئل ابن عباس عمَّن قال لامرأةٍ: إن تزوجتُكِ فأنت طالق؛ فتلا قوله تعالى: ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ﴾ [الأحزاب ٤٩] و[قال]: "قد شرع الله الطلاق عقيب النكاح"(٥)، والمعنى فيه أنه غير مالك للتنجيز فلا يملك التعليق كالصبي.

وفي المبسوط(٦): إنشاء تصرف في حال لا ولاية له على المحل فلا يصح كالتعليق من الصبي بأن قال: إذا بلغتِ فأنتِ طالقٌ(٧)، وكذا تعليق المجنون.

بخلاف الالتزام في الذمة كالنذر فإنه لا يصح مطلقًا، وإن كان إنشاء

---

(١) انظر: مصنف عبد الرزاق الصنعاني (٦/ ٤٢٠) وما بعدها، مصنف ابن أبي شيبة (٤/ ٦٥) وما بعدها.

(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٥٨، برقم ٢١٩٠)، والترمذي (٢/ ٤٧٧، برقم ١١٨١)، وابن ماجه (١/ ٦٦٠، برقم ٢٠٤٧). قال الترمذي: حديث حسن صحيح، وهو أحسن شيء روي في هذا الباب وهو قول أكثر أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم.

(٣) بوب به البخاري (٧/ ٤٥) ورواه معلقا عن علي رضي الله عنه وغيره، وأخرجه ابن ماجه (١/ ٦٦٠، برقم ٢٠٤٨) من حديث المسور بن مخرمة مرفوعا، و(١/ ٦٦٠، برقم ٢٠٤٩) من حديث علي مرفوعا.

(٤) أخرجه الدارقطني (٥/ ٢٦، برقم ٣٩٣٠) من حديث معاذ مرفوعا بلفظ «لا طلاق قبل نكاح ولا نذر فيما لا يملك».

(٥) أخرجه البخاري معلقا (٧/ ٤٥) «بلفظ جعل الله الطلاق بعد النكاح».

(٦) في الأصل: (البسيط) وما أثبتناه من النسخة الثالثة.

(٧) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٩٧).

....

تصرف في غير ملك من غير ولاية على المحل؛ لأن ذا لا يرتبط بمحل معين، فإن في قوله: لله عليَّ أن أعتق عبدًا لا يلزمه عبد معين حتى تعتبر فيه الولاية على المحل، وإنما هو تصرف في الذمة، والذمة مملوكة له حتى لو أشار إلى عبد معين لغيره، فقال: "لله عليَّ أن أعتق هذا العبد" يلغو، ولو قال: "إنْ ملكتُهُ عليَّ أن أعتقه"؛ ففيه خلاف عندهم[١].

وعن سعيد[٢] والأصمعي أنهما قالا فيها: فهل يكون سيل قبل المطر!

ولنا: قوله عليه السلام: «**كلُّ طلاقٍ جائزٌ، إلا طلاقَ الصبيِّ والمجنونِ**»[٣]، وقد صحَّ سنده فلا يخرج ذلك من العموم بما لا يثبت؛ فإن أحاديثهم ضعيفة قد ضعفها ابن حنبل، و[قال] القاضي أبو بكر بن العربي الإشبيلي: أخبارهم ليس [لها][٤] أصل في الصحة، فلا يشتغل بها؛ ولهذا ما عمل بها مالك وربيعة والأوزاعي من أهل الحديث.

والمعنى: أنه أضاف إلى حالة يملك إيقاعه فيها، وهو أهل؛ فيقع عند وجود الشرط، كما لو علق طلاقها بدخول الدار. وهذا طريق مشايخ العراق وخراسان.

وطريقة مشايخ ما وراء النهر: هذا تصرف صدر من أهله في محله فلا يلغو بلا دليل؛ فإن [٤٤٣/ب] الطلاق يقبل التعليق والإضافة، وقد أضافه إلى حال يملك إيقاعه، ولأنه حكم يصح تعليقه بالإخطار؛ فصحت إضافته إلى الملك كالنذور والوصية.

ولأن التعليق يمين في الحال فلا يتوقف صحته على ملك المحل كاليمين

---

(١) انظر: العزيز شرح الوجيز للرافعي (٨/ ٥٧٥).
(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٤/ ٦٤، برقم ١٧٨٣٢).
(٣) أخرجه الترمذي (٢/ ٤٨٧، رقم ١١٩١)، وقال: هذا حديث لا نعرفه مرفوعا إلا من حديث عطاء ابن عجلان، وهو ضعيف ذاهب الحديث، والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم.
(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

لِأَنَّ الوُقُوعَ عِندَ الشَّرطِ، وَالمِلكُ مُتَيَقَّنٌ بِهِ عِندَهُ، وَقَبلَ ذَلِكَ أَثَرُهُ المَنعُ، وَهُوَ قَائِمٌ بِالمُتَصَرِّفِ، وَالحَدِيثُ مَحمُولٌ عَلَى نَفيِ التَّنجِيزِ، وَالحَملُ مَأثُورٌ عَنِ السَّلَفِ

بالله تعالى، وهذا لأن اليمين يصرف من الحالف في ذمة نفسه؛ لأنه يوجب البر على نفسه حملًا أو منعًا، والملك في المحل شرط لوقوع الطلاق، والمحلوف ليس بطلاق فلا يشترط له قيام ملك النكاح، كما لو قال: إن ملكتُ عبداً لله عليَّ أن أعتقه؛ ولهذا لو حلف لا يُطلِّقُ فعلق الطلاق بالشرط لا يحنث، وإنما يكون طلاقًا بالوصول إليها وما دام يمينًا لم يلاق المرأة؛ بل يقع عند ارتفاع اليمين بوجود الشرط. كذا في الكافي[1].

وهذا معنى قول المصنف: **(لأن الوقوع عند الشرط) إلى آخره**؛ لكن هذا رد للمختلف على المختلف.

فإن الغزالي ذكر في الوسيط: يحنث في التعليق بدخول الدار؛ لأنه حلف وهو قول مالك، وأما الصبي فلا أهلية له لا لليمين ولا للطلاق؛ فيلغو، وكذا المجنون بخلاف العاقل البالغ؛ فإنه يمكن حمل كلامه على اليمين.

فإن قيل: لما كان الملك شرطًا للطلاق ينبغي ألا ينعقد اليمين قبل الملك كما في البيع، فإنه لو باع طيرًا في الهواء ثم أخذه قبل قبول المشتري لا يصح.

قلنا: الإيجاب أحد شطري البيع، وتصرف المبيع قبل الملك لغو، فأما الإيجاب هاهنا فتصرف آخر سوى الطلاق وهو اليمين، وأما اعتباره بالتنجيز فاسد؛ لأن التنجيز طلاق، ولا طلاق قبل الملك، والتعليق يمين، والملك ليس بشرط لليمين؛ ألا ترى لو قال لأَمَتِهِ: إذا ولدتِ ولدًا فأنت حرة يصح، وإن لم يملك تنجيز العتق في الولد المعدوم فعندكم يصح أيضًا[2].

قوله: (والحديث محمول) إلى آخره؛ يعني: إن صح الحديث، وقد بينا ضعفه **(محمولٌ على نفي التنجيز)**.

---

(١) انظر: المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ٩٧).
(٢) انظر: المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ٩٨).

كَالشَّعبِيِّ وَالزُّهرِيِّ وَغَيرِهِمَا ....

(**وغيرهما**) كمكحول وسالم بن عبد الله فإنهما قالا: كانوا في الجاهلية يُطَلِّقون قبل التزويج تنجيزًا ويعدّون ذلك طلاقًا؛ فنفى النبي عليه السلام [بقوله][(١)]: «لا طلاق قبل النكاح»[(٢)]، وكذا يحمل كل ما رُوي وهذا لأن الطلاق ينصرف إلى التنجيزعرفًا؛ لأنه هو الكامل والمطلق ينصرف إليه.

وقول من قال: لا سيل قبل المطر؛ كلام صحيح لكن فيما نحن فيه: سيل بعد المطر الوابل، والحال أنهم لم يعملوا بما رووا فإن [فيه][(٣)] «ولا وفاء نذر»[(٤)]؛ فقد جوَّزوا النذر فيما لا يملك كما قلنا، ولا يجوز أن يحتج الإنسان ببعض الحديث الذي يوافق مذهبه ويترك الذي يخالفه، ونحن نقول بموجبها ولم نوقع الطلاق في غير الملك.

وذكر في روضة الفحول ناقلًا عن الكرخي: المثبت للطلاق مقدم على نافيه، وكذا الحاظر مقدم على المُبيح، وهذا إذا سلم دلالة ما ذكره على نفيه أو إباحته.

وحاصل الخلاف: أن التعليق يمين عندنا ولا ينعقد سببًا، وعنده ينعقد سببًا وأثره في تأخير الحكم، والمسألة مستقصاة في الأصول، وروي أن رجلًا قال لامرأته بمحضر من عمر والصحابة: "إن نَكَحْتُها فهي عليَّ كظهر أمي، فقال عمر: إن نكحتها فلا تقربَها حتى تُكَفِّر"، وما أنكر عليه أحد من الصحابة؛ فكان إجماعًا منهم. ذكره ابن الجوزي في إيثار الإنصاف[(٥)].

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٢) أخرجه معلقا: البخاري (٧/ ٤٥)، و الترمذي (٢/ ٤٧٧). وأخرجه مسندا: ابن ماجه (١/ ٦٦٠، برقم ٢٠٤٩) من حديث علي ﷺ مرفوعا، وضعفه الزيلعي. نصب الراية (٣/ ٢٣٠).
وأخرجه الحاكم (٢/ ٢٢٢، برقم ٢٨٢٠) من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده مرفوعا.

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٤) يقصد حديث معاذ بن جبل أنه عليه السلام قال: «لا يجوز طلاق ولا عتاق ولا بيع ولا وفاء نذر فيما لا يملك».

(٥) إيثار الإنصاف في آثار الخلاف لسبط أبي الفرج بن الجوزي (صـ١٥٧).

(وَإِذَا أَضَافَهُ إِلَى شَرط وَقَعَ عَقِيبَ الشَّرطِ، مِثلُ أَن يَقُولَ لِامرَأَتِهِ: إن دَخَلتِ الدَّارَ فَأَنتِ طَالِقٌ) وَهَذَا بِالِاتِّفَاقِ، لِأَنَّ المِلكَ قَائِمٌ فِي الحَالِ، ....

قوله: (وإذا أضاف الطلاق إلى النكاح وقع عقيب النكاح)[١] وتمثيله غير مطابق؛ لأنه تعليق محض بحذف الشرط، ولو أضافه إلى النكاح لا يقع، كما لو قال: أنتِ طالق مع نكاحكِ أو في نكاحكِ. ذكره في الجامع. بخلاف ما لو قال: أنتِ طالق مع تزوجي إياكِ؛ فإنه يقع، فإنه مشكل.

وقيل في الفرق: إنه لما أضاف التزويج إلى فاعله واستوفى مفعوله؛ جعل التزويج مجازًا عن الملك؛ لأنه سببه وحمل مع التعدية تصحيحًا له، و"في نكاحك" لم يذكر الفاعل؛ فالكلام ناقص، وجاز أن يقدر بعد النكاح فلا يقع، ويصح النكاح.

وقوله: لأنه **(تصرف يمين)**[٢] ويقع في الإضافة [أيضا][٣] وإن لم يكن يمينًا؛ كما لو قال: "أنتِ طالق يوم أتزوجكِ"؛ فإنها تطلق إذا تزوجها. ذكره في المحيط وغيره[٤].

وقال في الحيلة فيمن قال لامرأته: "إن لم أطلقك اليوم ثلاثًا فأنت طالق ثلاثًا" يطلقها ثلاثا على مال، ولا تَقبل[٥]. وقيل: يعلق طلاقها بشرط لا يوجد.

وفي فتاوى الحسامية: يعلقها بمشيئتها، ولم تَشَأْ. وهو خلاف ما يقوله أصحابنا في التعليقات.

قوله: (وإذا أضافه إلى شرط)؛ أي: علقه بشرط، [٤٤٤/أ] ثم اعلم أن عندنا: التعليق بصريح الشرط؛ -وهو أن يذكر حرف الشرط- يؤثر في[٦] المرأة المعينة وغير المعينة، والتعليق بمعنى الشرط؛ يعمل في غير المعينة، كما لو قال: المرأة التي أتزوجها فهي طالق، ولا يعمل في المعينة بأن قال: "هذه المرأة التي أتزوجها فهي طالق" فتزوجها؛ لا تطلق. ذكره في أصول فخر

---

(١) انظر المتن ص (٢٠٧) (٢) انظر المتن ص ٢٠٩.

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٤) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٢٥١). (٥) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٣٧٥).

(٦) في الأصل: (حرف الشرط ونوى) وما أثبتناه من النسخة الثانية.

وَالظَّاهِرُ بَقَاؤُهُ إِلَى وَقتِ وُجُودِ الشَّرطِ فَيَصِحُّ يَمِينًا أَو إِيقَاعًا (وَلَا تَصِحُّ إِضَافَةُ الطَّلَاقِ إِلَّا أَن يَكُونَ الحَالِفُ مَالِكًا، أَو يُضِيفَهُ إِلَى مِلك) لِأَنَّ الجَزَاءَ لَا بُدَّ أَن يَكُونَ ظَاهِرًا لِيَكُونَ مُخِيفًا فَيَتَحَقَّقُ مَعنَى اليَمِينِ وَهُوَ القُوَّةُ وَالظُّهُورُ بِأَحَدِ هَذَينِ، وَالإِضَافَةُ إِلَى سَبَبِ المِلكِ بِمَنزِلَةِ الإِضَافَةِ إِلَيهِ، لِأَنَّهُ ظَاهِرٌ عِندَ سَبَبِهِ (فَإِن قَالَ لِأَجنَبِيَّةٍ: إِن دَخَلتِ الدَّارَ فَأَنتِ طَالِقٌ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا فَدَخَلَت الدَّارَ لَم تَطلُق) ....

الإسلام[١] وجامع التمرتاشي.

ولو تزوَّج امرأة على أنها طالق؛ صح النكاح ولم تطلق؛ لأنه تعذر اعتبار الطلاق بدلًا أو شرطًا، وكذا لو اشترى عبدًا على أنه حرٌ؛ صحَّ الشراء ولم يعتق، ولو قال لغيره: إن زوجتني امرأة فهي طالق، فزوجها بأمره وبغير أمره؛ لا تطلق؛ لأن التعليق لم يصح.

ولو قال: "آكرد حتر فلان مراد هندورا طلاق" فتزوجها؛ لم تطلق، ولو قال: "مرا يرني دهند"، والمسألة بحالها؛ تطلق، والمختار: أنها لا تطلق. كذا في جامع التمرتاشي[٢].

قوله: (بقاؤه إلى وقت)؛ لأن الأصل في كل ثابت استمراره، خصوصًا في النكاح الذي هو عقد عمرٍ.

(فيصحَّ يمينًا) عندنا، وإيقاعًا عند الشافعي[٣]؛ فكان هذا دليل الاتفاق.

(أو يضيفه إلى الملك) حتى لو قال لأجنبية: إن دخلتِ الدار فأنت طالق؛ لا يصح عندنا، والشافعي[٤]، ومالك[٥]، وأحمد[٦]. وسيجيء بعد، حتى لو **(تزوجها فدخلت الدار؛ لم تطلق)**.

وكذا لو قال: أنت طالق يوم أكلمك، أو يوم يقدم فلان، فتزوَّجَها قبل

---

(١) كشف الأسرار لعبدالعزيز البخاري (٤/ ٢٠٦).

(٢) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٣٧٨).

(٣) لأن للتعليقات أسباباً عنده في الحال والملك في الحال موجود. البناية شرح الهداية (٥/ ٤١٤).

(٤) انظر: حلية العلماء للشاشي (٧/ ٨).

(٥) انظر: جامع الأمهات لابن الحاجب (ص: ٢٩٣).

(٦) انظر: الكافي لابن قدامة (٣/ ١٠٩).

....

التكلم وقبل قدوم فلان ثم وجد الشرط؛ لا يقع؛ لأن الملك عند وجُود الشرط غير مقطوع بل موهوم؛ فلم يكن مخوفًا.

وقال ابن أبي ليلى: تطلق؛ لأن المعلق بالشرط كالملفوظ لذي الشرط والملك عند الشرط موجود؛ فيقع.

وقلنا: إن الجزاء ينبغي أن يكون محقق الوجود أو غالب الوجود عند وجود الشرط، وذلك بأن يكون مالكًا حال التعليق أو أضافه إلى الملك؛ ليصير محقق الوجود.

قوله: (**لابدَّ أن يكون ظاهرًا**)؛ أي: ظاهر الوجود أو غالب الوجود.

(**ليكون مخيفًا**)؛ أي: بوقوع الجزاء فيما إذا كان المقصود منه المنع؛ بأن قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، فعلى تقدير الإقدام على الدخول يلزم وقوع الطلاق القاطع لإدرار نفقتها وكفايتها، فكان وقوعه مخيفًا لها.

وأما إذا كان للحمل؛ فحرف الشرط يدخل على المنهي، كما في قوله: إن لم تدخل الدار، فأنتِ طالق.

فإن قيل: لو قال لها: إن حضتِ فأنتِ طالق؛ يصح مع أنه لا يكون فيها فائدة اليمين، وهو المنع لما أنها غير قادرة على منع حيضها.

قلنا: الاعتبار للغالب لا للنادر؛ لأن [الكلام في][1] الكليات العامة لا في الخاصة. كذا قيل.

(**وهو القوة**) وهو قوة خوف نزول الجزاء، والخوف إنما يحصل بكون الجزاء غالب الوجود عند الشرط.

وذلك (**بأحد هذين**) وهو أن يكون مالكًا أو يضيفه إلى الملك، وهو معنى **قوله**: (**والظهور بأحد هذين**)؛ أي: ظهور معنى اليمين.

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من البناية.

لِأَنَّ الحَالِفَ لَيسَ بِمَالِك وَلَا أَضَافَهُ إِلَى المِلكِ أَو سَبَبِهِ وَلَا بُدَّ مِن وَاحِد مِنهُمَا (وَأَلفَاظُ الشَّرطِ: إن، وَإِذَا، وَإِذَا مَا، وَكُلٌّ، وَكُلَّمَا، وَمَتَى، وَمَتَى مَا) ....

قوله: (والإضافة إلى الملك) وهو التزويج كالإضافة إلى الملك، وفيه خلاف بشر المريسي. ذكره في الجامع[١].

وجه قوله: أن الملك يثبت عقيب سببه، والشرط مع المشروط؛ فيكون مقارنًا لثبوت الملك، والطلاق المقارن لثبوت الملك أو لزواله لا يقع كما لو قال: [أنتِ طالق][٢] مع نكاحك أو مع موتي أو مع موتكِ؛ لا يقع.

وقال[٣]: حمل الكلام على الصحة أولى من الإلغاء، فيكون قد ذكر السبب وأراد المسبب، فصار قوله: "إن تزوجتكِ" بمنزلة قولك: إن ملكتكِ بالتزويج، وهو من أقوى طرق المجاز.

(لأنه ظاهر)[٤] أي: ثابت **(عند سببه)**[٥].

قوله: (لأن الحالف ليس بمالك).

فإن قيل: لِمَ لا يجوز أن يكون "إن تزوجتك" مقدَّرًا؟ فتقدير كلامه إن تزوجتكِ ودخلتِ الدار؛ صيانة لكلامه عن الإلغاء.

قلنا: فعل اليمين مما يُذَمُّ به، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُطِعْ كُلَّ حَلَّافٍ﴾ [القلم ١٠]، فلا يجوز تصحيح قوله على وجه يؤدي إلى مذمته، فلا يكون تصحيح كلامه واجبًا. كذا قيل[٦].

قوله: (وألفاظ الشرط) وإنما لم يقل حروف الشرط كما قال بعضهم؛ لما أن عامتها اسم كمتى وإذا. وفي جوامع الفقه: حروف الشرط: إن، وإذا، ومتى، ومتى ما، ولو، ولولا[٧].

وفي "إذا دخلت على الفعل" يعني به المصدر.

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٣٣).
(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من تبيين الحقائق.
(٣) أي محمد في جوابه على كلام بشر المريسي.
(٤) (٥) انظر المتن ص ٢١٤.
(٦) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٣٣).
(٧) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٤١٦).

لِأَنَّ الشَّرطَ مُشتَقٌّ مِن العَلَامَةِ، ....

والمراد بالحروف: الأدوات والألفاظ.

وفي شرح المفصل لابن يعيش: الأسماء التي يجازى [بها][١] أحد عشر: من، ومهما، وأي، والظروف وهي: أين، وأنى، ومتى، ومتى ما، وحيثما، وإذا، وإذا ما، وزاد في شرح الجمل: أيّان، وكيف ما، عند الكوفيين. ولم يذكروا "كلًّا" و"كلّما" وجميعها [يجزم][٢] مثل "أن"؛ يتضمَّنُها معنى "أن"[٣].

وفي المغني: الحروف المستعملة [٤٤٤/ب] للشرط ستة: إن وإذا ومتى ومن وأي وكلما[٤].

وفي الروضة للنواوي: الألفاظ التي يتعلق بها الطلاق بالشرط: مَن، وإذا، ومتى، ومهما، وكلما، وأي، وليس فيها ما يقتضي التكرار إلا "كلما"[٥].

وإنما لم يذكر المصنف كلمة "لو" مع أنها للشرط وضعًا -ذكره في شرح المفصل-: باعتبار أنها تعمل عمل الشرط معنى لا لفظًا، وغيرها يعمل معنًى ولفظاَ؛ حتى يُجزَمْنَ في مواضع الجزم، [وفي غير مواضع الجزم][٦] لزم دخول الفاء في جزائهن بخلاف "لو"[٧].

قولُه: (لأن الشرط مشتق من العلامَة) في الصحاح: الشَّرَط -بالتحريك-: العلامة، وأشراط الساعة: علاماتها[٨]؛ فعلى هذا ما ذكر في الكتاب **(الشرط مشتق من العلامة)**؛ أي: من الشرط الذي هو بمعنى العلامة؛ لأن معنى الاشتقاق هو أن تنتظم الصيغتين فصاعدًا معنى، ولم يوجَد فيما ذكر في الكتاب.

ثم الشروط: شرعية، وعقلية، وعرفية، ولغوية.

فالشرعية: كالوضوء وستر العورة واستقبال القبلة وطهارة الثوب والمكان

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٤١٦).
(٤) المغني لابن قدامة (٧/ ٤٤٦).
(٥) روضة الطالبين للنووي (٨/ ١٢٨) وباقيهم عنده: وَ «مَتَى مَا»، وَ «مَهْمَا».
(٦) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٧) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٤١٧).
(٨) االصحاح تاج اللغة للجوهري (٣/ ١١٣٦).

وَهَذِهِ الأَلْفَاظُ مِمَّا تَلِيهَا أَفعَالٌ فَتَكُونُ عَلَامَات عَلَى الحِنثِ، ثُمَّ كَلِمَةُ «إِن» حَرفٌ لِلشَّرطِ، لِأَنَّهُ لَيسَ فِيهَا مَعنَى الوَقتِ وَمَا وَرَاءَهَا مُلحَقٌ بِهَا، وَكَلِمَةُ «كُل» لَيسَت

والبدن؛ فيتوقف وجوُد الصلاة عليها، ولا يلزم من وجودها الصلاة.

والعقلية: كالحياة مع العلم؛ فيلزم من وجود العلم الحياة من غير عكسٍ.

والعرفية -ويقال لها: الشروط العادية-: كالسلّم مع صعود السطح؛ فيلزم من الصعود وجوده من غير عكس.

واللغوية: مثل التعليقات؛ فيلزم من وجود الشرط وجود المشروط؛ قالوا: وهو حقيقة السبب؛ ولهذا قال النحويون: في الشرط والجزاء معنى السببية للأول، والمسببية للثاني، والمعتبر من المانع: وجوده، ومن الشرط: عدمه، ومن السبب: وجوده وعدمه.

(وهذه الألفاظ ممّا تليها أفعالٌ)؛ أي: سوى كلمة "كل" عملت عملًا مختصًا بها، وهو: الجزم.

قال سيبويه: **(كلمة)** "كل" ليست شرطًا حقيقة؛ لأن ما يليها اسمٌ، والشرط يتعلق به الجزاء، والأجزية تتعلق بالأفعال، إلا أنه أُلْحِق بالشرط؛ لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها؛ مثل: كل عبد اشتريته [فهو حر][(١)] وكل امرأة أتزوجها [فهي طالق][(٢)]؛ ولهذا لم يذكره النحاة في أدوات الشرط.

(فتكون) أي: الأفعال **(علامات على الحنث)** أي: على الجزاء.

ثم اعلم أن الجزاء متى يقدم على الشرط يتعلق بدون حرف الفاء، وإن تأخر لا يتعلق بدونه إذا كان الجزاء اسمًا كقوله تعالى: ﴿إِن تُعَذِّبْهُمْ فَإِنَّهُمْ عِبَادُكَ﴾ [المائدة ١١٨]، وإن كان فعلًا يتعلق بدونه كقوله تعالى: ﴿إِن يَكُونُواْ فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ﴾ [النور ٣٢].

ولو قال: أنتِ طالق إن دخلت الدار؛ فعند محمد يقع وإن نوى التعليق، وبه قال أكثر أصحاب الشافعي[(٣)]؛ لأن ذكره بيان إرادة التعليق.

ولو قال: أنت طالق وإن دخلت الدار؛ تطلق للحال لعدم حرف التعليق.

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من المتن.
(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من البناية.
(٣) انظر: حلية العلماء للشاشي (٧/ ١٠١).

شَرطا حَقِيقَة، لِأَنَّ مَا يَلِيهَا اسمٌ وَالشَّرطُ مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الجَزَاءُ، وَالأَجزِيَةُ تَتَعَلَّقُ بِالأَفعَالِ، إِلَّا أَنَّهُ أُلحِقَت بِالشَّرطِ لِتَعَلُّقِ الفِعلِ بِالِاسمِ الَّذِي يَلِيهَا مِثلُ قَولِك: كُلُّ عَبدٍ اشتَرَيتُهُ فَهُوَ حُرٌّ. قَالَ ﷺ: (فَفِي هَذِهِ الأَلفَاظِ إِذَا وُجِدَ الشَّرطُ انحَلَّت وَانتَهَت

فلو قال: فإن دخلت؛ فلا رواية فيه، لقائل أن يقول: تطلق؛ لأن الفاء صارت فاصلة، ولقائل [أن][1] يقول: لا تطلق؛ لأن الفاء حرف التعليق.

وكذا لو قال: لدخلت، وكذا لو قال لدخولك، وكذا لو قال: إن دخلت وأنت طالق؛ لعدم التعليق. كذا ذكره التمرتاشي[2].

ولو قال: أنت طالق أن دخلت الدار -بفتح الهمزة-؛ وقع في الحال، وهو قول الجمهور؛ لأن "أن" للتعليل، ولا يشترط وجود العلة، وقد وقعت المناظرة فيها بين محمد والكسائي بين يدي الرشيد، وكذا بين محمد ويحيى بن أكثم بين يدي المأمون، فزعم الكسائي أن "أن" بمعنى "إذْ" استدلالًا بمعنى قوله تعالى: ﴿يَمُنُّونَ عَلَيْكَ أَنْ أَسْلَمُوا﴾ [الحجرات ١٧]، وبقوله تعالى: ﴿أَن دَعَوْا لِلرَّحْمَٰنِ وَلَدًا ۝﴾ [مريم ٩١]، وقول محمد مذهب البصريين، ومذهب الكسائي مذهب الكوفيين وهو منهم، و"أن" عند البصريين مصدرية؛ أي: يمنون عليك بإسلامهم وكذا ما بعده، وما قاله محمد أولى؛ لأن جعل "أن" بمعنى "إذْ" لا أصل له[3].

وقال القاضي من الحنابلة: قياس قول أحمد: إن كان القائل نحويًّا يقع، وإلا لا.

وعند ابن حامد: لا يقع للنحوي أيضًا؛ للعرف.

أما في قوله: أنت طالق وإن دخلت الدار؛ يقع في الحال بالاتفاق؛ لأن معناه في كل حالٍ؛ لقوله عليه السلام: «**وإن زنى وإن سرق**»، وكذا: إن دخلت الدار وأنت طالق.

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٣/ ٢٤).
(٣) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ١٢٢).

اليَمِينُ) لِأَنَّهَا غَيرُ مُقتَضِيَة لِلعُمُوم وَالتَّكرَارِ لُغَة، فَبِوُجُودِ الفِعلِ مَرَّة يَتِمُّ الشَّرطُ وَلَا بَقَاءَ لِليَمِينِ بِدُونِهِ **(إِلَّا فِي كُلَّمَا)** فَإِنَّهَا تَقتَضِي تَعمِيمَ الأَفعَالِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿كُلَّمَا نَضِجَتْ جُلُودُهُم﴾ [النساء: ٥٦] الآيَةُ وَمِن ضَرُورَةِ التَّعمِيمِ التَّكرَارُ. قَالَ: **(فَإِن تَزَوَّجَهَا بَعدَ ذلك)** أي: بعد زَوجٍ آخَرَ **(وَتَكَرَّرَ الشَّرطُ لَم يَقَع شَيءٌ)** لِأَنَّ بِاستِيفَاءِ الطَّلَقَاتِ الثَّلَاثِ المَملُوكَاتِ فِي هَذَا النِّكَاحِ لَم يَبقَ الجَزَاءُ، وَبَقَاءُ اليَمِينِ بِهِ وَبِالشَّرطِ. وَفِيهِ خِلَافُ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَسَنُقَرِّرُهُ مِن بَعدُ إِن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى **(وَلَو دَخَلَت عَلَى نَفسِ التَّزَوُّجِ بِأَن قَالَ: كُلَّمَا تَزَوَّجتُ امرَأَةً فَهِيَ طَالِقٌ يَحنَثُ بِكُلِّ مَرَّة وَإِن كَانَ بَعدَ زَوجٍ آخَرَ)**

ولو نوى تقديمه؛ قيل: يصح وتحمل الواو على الابتداء. وفيه ضعف؛ لأن واو الابتداء لا تستعمل في أول الكلام.

قوله: (ومن ضرورة التعميم التكرار) في شرح المفصل: ليس في الكلام ما يقتضي التكرار إلا "كلما" لأنَّ "ما" مع ما بعدها مصدرٌ؛ أفيكونُ معلقًا بكل دخول؟ كما لو قال: أنت طالق لكل دخولك؛ فيتعذر(١).

وفي [٤٤٥/أ] المنتقى عن أبي يوسف لو قال: **(كلما تزوجت امرأة فهي طالق)**، فتزوج امرأة؛ تطلق، ولو تزوجها ثانيًا؛ لا تطلق، ولا يحنث في هذا مرتين، كما في قوله: المرأة التي أتزوجها طالق؛ فالحاصل عند أبي يوسف أن "كلما" إذا دخلت على المعينة توجب التكرار، وفي غير المعينة لا تقتضي، واستدل على ذلك بما لو قال: كلما اشتريت هذا الثوب فهو صدقة في كذا، أو سكنت هذه الدار فعليَّ صدقة كذا؛ يلزمه لكل مرة، ولو قال: كلما اشتريت ثوبًا أو ركبت دابة فعليَّ كذا؛ لا يلزمه إلا مرة. ذكره في الذخيرة(٢).

مسألة(٣) غريبة: رجل قال لنسوة له: من دخلت منكن الدار فهي طالق، فدخلت واحدة مرارًا؛ طلقت لكل مرة؛ لأن الدخول أضيف إلى جماعة، فيراد به تعميمه عرفًا مرة بعد مرة، كقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا﴾ [المائدة ٩٥]

---

(١) في الأصل: (فتعدد) وما أثبتناه من النسخة الثالثة.
(٢) انظر: الذخيرة البرهانية لابن مازة (٤/ ١١٥).
(٣) في الأصل: (قوله) وما أثبتناه من النسخة الثانية.

لِأَنَّ انعِقَادَهَا بِاعتِبَارِ مَا يَملِكُ عَلَيهَا مِن الطَّلَاقِ بِالتَّزَوُّجِ وَذَلِكَ غَيرُ مَحصُور.

قَالَ: (وَزَوَالُ المِلكِ بَعدَ اليَمِينِ لَا يُبطِلُهَا) لِأَنَّهُ لَم يُوجَد الشَّرطُ فَبَقِيَ، وَالجَزَاءُ بَاقٍ لِبَقَاءِ مَحَلِّهِ فَبَقِيَ اليَمِينُ (ثُمَّ إن وُجِدَ الشَّرطُ فِي مِلكِهِ انحَلَّت اليَمِينُ وَوَقَعَ الطَّلَاقُ) لِأَنَّهُ وُجِدَ الشَّرطُ وَالمَحَلُّ قَابِلٌ لِلجَزَاءِ فَيَنزِلُ الجَزَاءُ وَلَا تَبقَى اليَمِينُ لِمَا قُلنَا (وَإِن وُجِدَ فِي غَيرِ المِلكِ انحَلَّت اليَمِينُ) لِوُجُودِ الشَّرطِ (وَلَم يَقَع شَيءٌ) لِانعِدَامِ المَحَلِّيَّةِ.

فإنه أفاد عموم الصيد؛ ولهذا ذكر محمد في السير الكبير: لو قال الأمير: من قتل قتيلًا فله سَلَبُهُ، فقتل واحدٌ قتيلين؛ فله سلبهما.

قيل: لا حجة لمحمد في الاستشهادَين؛ لأن الصيد في قوله: ﴿لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ﴾ عام، باعتبار اللام الاستغراقية والقتيل عام؛ لوقوعه في سياق الشرط.

ولو استشهد بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا رَأَيْتَ ٱلَّذِينَ يَخُوضُونَ﴾ [الأنعام ٦٨]، وبقوله تعالى: ﴿وَإِذَا جَآءَكَ ٱلَّذِينَ يُؤْمِنُونَ بِـَٔايَـٰتِنَا﴾ [الأنعام ٥٤]، فإن "إذا" في ذلك تفيد التكرار.

وعن بعض الحنابلة أن "متى" تفيد التكرار[١]، واستدل بقول الشاعر[٢]:

مَتَى تَأْتِهِ تَعْشُو إِلَى ضَوءِ نَارِهِ ... تَجِدْ خَيرَ نَارٍ عِنْدَهَا خَيرُ مُوقِد

والصحيح ما ذكرنا أن غير "كلما" لا يوجب التكرار.

قوله: (وفيه خلاف زفر)[٣]، وبه قال: مالك، والشافعي في الجديد، وأحمد؛ قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ العلم عنه على أن الرجل لو قال لها: أنت طالق ثلاثا إن دخلت الدار، ثم طلقها ثلاثًا، ثم نكحت غيره، ثم نكحها الحالف، ثم دخلت الدار لا يقع عليها طلاق، ولو أبانها بدون الثلاث ثم أوجد الشرط؛ انحل اليمين حتى لو تزوجها بعدُ لا يقع شيء، وإن لم يوجد الشرط في حال البينونة ثم نكحها؛ لم ينحل عند أبي حنيفة ومالك وأحد أقوال الشافعي وله قول آخر: لا تعود الصفة بحال واختاره المزني[٤].

---

(١) نسبه ابن قدامة لأبي بكر. انظر: الكافي (٣/ ١٢٧).
(٢) البيت من الطويل وينسب للحطيئة. الأغاني (٢/ ١٩٣).
(٣) انظر المتن ص ٢٢٠.
(٤) انظر: الإجماع لابن المنذر (ص: ٨٧)، المغني لابن قدامة (٧/ ٣٦١).

(وَإن اختَلَفَا فِي وُجُودِ الشَّرطِ، فَالقَولُ قَولُ الزَّوجِ، إلَّا أَن تُقِيمَ المَرأَةُ البَيِّنَةَ) لِأَنَّهُ مُتَمَسِّكٌ بِالأصلِ وَهُوَ عَدَمُ الشَّرطِ، وَلِأَنَّهُ يُنكِرُ وُقُوعَ الطَّلَاقِ وَزَوَالَ المِلكِ وَالمَرأَةُ تَدَّعِيهِ **(فَإن كَانَ الشَّرطُ لَا يُعلَمُ إلَّا مِن جِهَتِهَا، فَالقَولُ قَولُهَا فِي حَقِّ نَفسِهَا، مِثلُ أَن يَقُولَ: إن حِضتِ فَأَنتِ طَالِقٌ وَفُلَانَةُ، فَقَالَت: قَد حِضتُ طَلُقَت هِيَ وَلَم تَطلُق فُلَانَةُ)** وَوَقَعَ الطَّلَاقُ استِحسَانًا، وَالقِيَاسُ: أَن لَا يَقَعَ، لِأَنَّهُ شَرطٌ فَلَا تُصَدَّقُ كَمَا فِي الدُّخولِ. وَجهُ الاستِحسَانِ: أَنَّهَا أَمِينَةٌ فِي حَقِّ نَفسِهَا، إذ لَا يُعلَمُ

قوله: (في وجود الشرط)؛ أي في وجود الشرط.

(لأنه) أي: الزوج **(متمسك بالأصل)** وعلى هذا لو قال لها: إن لم تدخلي هذه الدار اليوم فأنت طالق، فقالت: لم أدخلها، وقال الزوج: دخلتيها؛ فالقول له وإن كانت المرأة متمسكة بالأصل أيضًا وهو عدم الدخول والزوج غير متمسك بالأصل؛ قيل: هذا ثبوت الحكم مع انتفاء العلة، ويسمى العكس في الأصول.

أما التعليل الثاني وهو أن الزوج **(ينكرُ وقوع الطلاق)** يعم الصورتين.

وفي المحيط: لو قال لها: إن لم أجامعكِ في حيضكِ فأنتِ طالق، ثم قال: جامعتُكِ في حيضكِ، فأنكرَتْ؛ فالقول له مع أنه يشهد لها الظاهر؛ لأن العدم والحرمة(١) [أيضا تمنعه من الوقاع](٢)؛ لكونه أنكر الطلاق بإنكار الشرط.

ولو قال لها: إن لم أجامعكِ في حيضكِ فأنتِ طالق للسُّنة، ثم قال: جامعتُكِ في حيضكِ، فأنكرت؛ فالقول له إن كانت حائضًا، وإن كانت طاهرة لا يصدّق الزوج؛ لأنه يريد إبطال حكم واقع في الظاهر؛ لوجود وقت السُّنة(٣).

(فالقول قولها في حق نفسها)، وبه قال الشافعي(٤)، ومالك(٥)، وأحمد في

---

(١) أي: مع أنها متمسكة بظاهرين: عدم الجماع وحرمته في الحيض.
(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من تبيين الحقائق.
(٣) لم أجدها في مطبوع المحيط، وانظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٣٦).
(٤) انظر: التنبيه للشيرازي (صـ١٧٧).
(٥) انظر: التبصرة للخمي (٦/ ٢٦٠١).

ذَلِكَ إِلَّا مِن جِهَتِهَا فَيُقبَلُ قَولُهَا كَمَا قُبِلَ فِي حَقِّ العِدَّةِ وَالغِشْيَانِ، لَكِنَّهَا شَاهِدَةٌ فِي حَقِّ ضَرَّتِهَا بَل هِيَ مُتَّهَمَةٌ، فَلَا يُقبَلُ قَولُهَا ....

ظاهر مذهبه[١]، هذا إذا كذَّبها الزوج، أما لو صدقها يقع عليهما جميعًا بالإجماع. ذكره في شرح الطحاوي[٢].

وعن أحمد: لو كذبها لا يقع وتختبرها النساء بإدخال قطنة في فرجها في زمان قالت ذلك، فإن ظهر الدم فهي حائض[٣]. وهو ليس بشيء؛ لأنها مأمورة بإظهار ما في رحمها؛ لأن الكتمان حرام لقوله تعالى: ﴿أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِيٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة ٢٢٨] ولو لم يكن قولها مقبولًا في ذلك لم يكن للنهي معنى، ولأن الاجتناب عنها يجب بقولها.

ولا يلزم امتحانها بقطنة، وفي الامتحان إباحة النظر إلى فرجها بلا ضرورة، مع أنه يجوز أن يتحمل الدم من خارج؛ ليكون دليلًا على صدقها[٤]!

وهل يعتبر يمينها إذا كان القولُ لها؟ فعلى وجهين.

قال مالك وابن القاسم: يقع بمجرد قولها، ولا يتوقف على وجود الحيض.

وقال أشهب في كتاب محمد: لا شيء عليه حتى تحيض. وهو قول المخزومي وابن وهب وابن عبد الحكم.

وقيل: يُرفع الأمر إلى حاكم فيحكم عليه بالطلاق؛ لأنه مختلف فيه. كذا في تبصرة [٤٤٥/ب] اللخمي[٥].

قوله: (في حق العدة)؛ أي: انقضائها **(والغشيان)** أي حل الوطء وحرمته فيما إذا طلقها ثلاثًا فقالت: انقضت عدتي، وتزوجتُ بآخر ودخل بي وطلقني وانقضت عدتي، والمدة تحتمل ذلك؛ جاز للزوج أن يصدقها إذا غلب على ظنه صِدقها، فكذا في شرط الطلاق.

---

(١) انظر: الكافي لابن قدامة (٣/١٢٨).
(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (٥/ ١٢٢).
(٣) انظر: الإنصاف للمرداوي (٩/ ٧٣).
(٤) أي: أن إدخال القطنة لا يوصل إلى علم ولا ظن؛ لجواز أخذ دم من الخارج.
(٥) انظر: التبصرة للخمي (٦/ ٢٦٠١).

فِي حَقِّهَا (وكذلك لو قال: «إن كنتِ تحبينَ أن يُعذبَكِ اللَّهُ في نارِ جهنمَ فأنتِ طالقٌ وعبدِي حُر»، فقالت: «أحبُّه»، أو قال: «إن كُنت تُحِبِّينِي فَأَنتِ طَالِقٌ وَهَذِهِ مَعَك، فَقَالَت: أُحِبُّك، طَلُقَت هِيَ وَلَم يُعتَق العَبدُ وَلَا تَطلُقُ صَاحِبَتُهَا) لِمَا قُلنَا، وَلَا يُتَيَقَّنُ بِكَذِبِهَا لِأَنَّهَا لِشِدَّةِ بُغضِهَا إِيَّاهُ قَد تُحِبُّ التَّخلِيصَ مِنهُ بِالعَذَابِ، وَفِي حَقِّهَا إن تَعَلَّقَ الحُكمُ بِإِخبَارِهَا وَإِن كَانَت كَاذِبَة، فَفِي حَقِّ غَيرِهَا بَقِيَ الحُكمُ عَلَى الأَصلِ وَهِيَ المَحَبَّةُ (وَإِذَا قَالَ لَهَا: إِذَا حِضتِ فَأَنتِ طَالِقٌ، فَرَأَت الدَّمَ لَم يَقَع الطَّلَاقُ حَتَّى

(في حقها)؛ أي: في حق ضرتها؛ إذِ الحكم يثبت بحسب الدليل؛ ألا ترى أن الملك المستحق إذا ثبت بإقرار المشتري لم يرجع على البائع بالثمن، وإن شهادة رجل وامرأتين بالسرقة حجة في حق المال دون القطع، وأحد الورثة إذا أقرَّ بدين على ورثة الميت يصدق في حقه لا في حق سائر الورثة؟ فعلم أن في الشرع غير ممتنع أن يقبل قولها في حق نفسها لا في حق غيرها؛ أي: الشيء الواحد يجوز أن يكون حجة في حق شخص دون شخص كما بينا. إليه أشير في المبسوط[١].

وللشافعية وجه في تصديقها في حق ضرتها أيضًا[٢].

قوله: **(ولا يُتَيَقَّنُ بِكَذِبِهَا)**؛ جواب سؤال مقدَّر يعني: ينبغي ألا يعتبر قولها في حقها للتيقن بالكذب في إخبارها بمحبتها عذاب جهنم؛ فقال: **(ولا يتيقن بكذبها)**؛ لأن الجاهل قد يختار عذاب الآخرة على صُحبة من يبغضه فلم يتيقن بكذبها على الأصل وهو حقيقة المحبة، ولكن يقتضي الإخبار على المحبة في المجلس، حتى لو أخبرت في غير ذلك المجلس؛ لا يقع، بخلاف مسألة الحيض حيث لا يقتصر؛ لأنه أثبت التخيير؛ حيث جعل الأمر إلى اختيارها ومحبتها، فيقتصر على المجلس.

وفي مسألة الحيض لو كانت كاذبة؛ لا يقع الطلاق ديانة حتى يحل وطئها، وفي مسألة المحبة؛ يقع ديانة حتى لا يحل وطئها؛ لأن حقيقة المحبة والبُغض

---

(١) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي. (٦/ ١٠٤).

(٢) حكاه النووي عن صاحب التقريب. روضة الطالبين (٨/ ١٥٤).

يَستَمِرَّ بِهَا ثَلَاثَةَ أَيَّام) لِأَنَّ مَا يَنقَطِعُ دُونَهَا لَا يَكُونُ حَيضًا (فَإِذَا تَمَّت ثَلَاثَةُ أَيَّام

أمر مخفي لا يوقف عليها مِن قِبَل أحد لا من قبلها ولا من قِبَل غيرها؛ لأن القلب متقلب لا يستقر على الشيء، فلما لم يوقف عليهما تعلق الحكم بإخبارها؛ لأنه دليل عليها؛ لأن أحكام الشرع لا تناط بمعانٍ خفية بل بمعان جلية؛ تيسيرًا كما في السفر مع المشقة، والنوم مع الحدث، والغسل والاستبراء؛ فإن الترخص تعلق بالسفر، والنقض بالنوم، ووجوب الغسل بالالتقاء، والاستبراء بحُدوث المُلك. كذا في مبسوط فخر الإسلام(١).

وفي الفوائد الظهيرية: لو قال: أنتِ طالق إن كنت أنا أحب كذا، ثم قال: لست أحبه وهو كاذب؛ فهي امرأته ويسعه وطئها ديانة؛ قال شمس الأئمة: هذا مشكل؛ لأنه يعرف ما في قلبه حقيقة، وإن كان لا يعرف ما في قلبها؛ لكن الطريق ما قلنا أن الحكم يدار على النية الظاهرة وهو الإخبار وجودًا وعدمًا(٢)؛ وكذا الحكم لو قال: إن كنت تبغضيني.

ولو قال: إن كنت تحبيني بقلبك، فقالت: أحبك؛ طلقت ديانة وقضاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن المحبة فعل القلب، فكان إطلاقها وتقييدها بالقلب سواء، وإنما تقيد للتأكيد كقوله تعالى: ﴿يَكْتُبُونَ ٱلْكِتَٰبَ بِأَيْدِيهِمْ﴾ [البقرة ٧٩]، وقال محمد: لا تطلق ديانة؛ لأن المحبة عمل القلب وجعل اللسان خلفًا عنه، وعند التنصيص والتقييد بالقلب؛ يبطل الخليفة؛ فيبقى الحكم متعلقًا بالأصل(٣).

وفي التبصرة للخمي: قال لها: إن كنت تحبين فراقي فأنت طالق، فقالت: أحب، ثم قالت كنت لاعبَة، قال: أرى أن يقع عليها(٤)، وفي المُغني لا يقع، وفي الجواهر: قال: أنتِ طالق إن كنت تبغضيني؛ فالمذهب أن يؤمر بالفراق(٥).

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٣٧).
(٢) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢٠٩).
(٣) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٣٧).
(٤) قال: أرى ألا يقيم عليها تصدقه مرة وتكذبه أخرى. التبصرة للخمي (٦/ ٢٦١٥).
(٥) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٥٣٧).

حَكَمنَا بِالطَّلَاقِ مِن حِينِ حَاضَت) لِأَنَّهُ بِالِامتِدَادِ عُرِفَ أَنَّهُ مِن الرَّحِمِ فَكَانَ حَيضًا مِن الِابتِدَاءِ (وَلَو قَالَ لَهَا: إذَا حِضتِ حَيضَة فَأَنتِ طَالِقٌ لَم تَطلُق حَتَّى تَطهُرَ مِن

وفي الوجُوب ثلاثة أقوال: الوجوب، ونفيه، والثالث: إن أجابت بما يقتضي الفراق وجب الفراق.

وفي الأنوار للمالكية قال: إن كنت تحبين فراقي فأنت طالق، فقالت: أحبه، ثم قالت: [كنت][١] كاذبة؛ فليفارقها[٢].

وقال أبو ثور: لا تطلق بإخبارها؛ للعلم بكذبها[٣]، وتوقّف أحمد فيه، ذكره في المغني[٤]، والوضع في العذاب[٥].

وفي الوسيط: لو قال لها: إن أضمرت بغضي فأنتِ طالق، فقالت: أضمرتُ؛ فالقول قولها[٦]؛ فدل على أنه غير مخالف لنا في مسألة المحبة.

قوله: (حكمنا بالطلاق [من][٧] حين حاضت)، وفائدتُه تظهر في غير الموطوءة: فإنها لما رأت دمًا وتزوجت بزوج آخر واستمر بها الدم ثلاثة أيام؛ كان النكاح صحيحًا. وتظهر فيما إذا قال: إن حضتِ فعبدي حر -والمسألة بحالها-؛ كان العبد حرًّا من حين رأت الدم. وتظهر في حق الجناية من العبد وعليه أيضًا.

وقيل: يجب على المفتي أن يجيب بقوله: كانت مطلقة من أول ثلاثة أيام إذا سئل بعد الاستمرار.

وعند الشافعي لو انقضى يومٌ وليلة يقع الطلاق[٨]، وفيه وجه مشهور أنه [٤٤٦/أ] يقع من أول الرؤية[٩]، -وبه قال أحمد؛ لحرمة الصلاة والصوم

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) انظر: التهذيب في اختصار المدونة لابن البراذعي (٢/ ٣٤٥).
(٣) انظر: الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٣/ ١٨١).
(٤) المغني لابن قدامة (٧/ ٤٦٥).
(٥) أي: إذا قال لها: إن كنت تحبين أن يعذبك الله بالنار فأنت طالق، فقالت: أنا أحب ذلك.
(٦) الوسيط في المذهب للغزالي (٥/ ٤٤٠).
(٧) ما بين المعكوفتين زيادة من المتن.
(٨) انظر: البيان للعمراني (١٠/ ١٤٥)، روضة الطالبين للنووي (٨/ ١٥١).
(٩) انظر: التنبيه للشيرازي (صـ ١٧٧)، روضة الطالبين للنووي (٨/ ١٥١).

حَيضَتِهَا) لِأَنَّ الحَيضَةَ بِالهَاءِ هِيَ الكَامِلَةُ مِنهَا، وَلِهَذَا حُمِلَ عَلَيهِ فِي ....

والوطء برؤية الدم[1]-، والفرق أظهر[2]؛ لأن الطلاق لا يقع إلا بيقين، والتحريم يثبتُ بالظاهر[3].

وقال ابن المنذر: لا نعلم أحدًا قال غير ذلك إلا مالكًا وابن القاسم حيث قالا: بتنجيزه قبل الحيض[4].

ولو كانت حائضًا لم يقع حتى تطهر ثم تحيض، وكذا لو قال لِطاهرة: أنتِ[5] طالق إذا طهرتِ؛ لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر[6]، وبه قال الشافعي، ذكره في الوسيط[7]، وأحمد. ذكره في المغني[8].

وفيه: قال بعض الشافعية: الذي يقتضيه مذهب الشافعي: أنها تطلق بما يتجدد من الحيض والطهر فيهما.

للجمهور: أن اليمين يقتضي شرطًا مستقبلًا، وهذا الحيض قد مضى بعضه وبقي بعضه، وما مضى لم يدخل تحت يمينه، وما بقي تابع لما مضى فلا يتناوله كما لا يتناول الماضي منه[9].

وكذا لو قال: في حيضك؛ قال في المحيط: لأنه فعل؛ فكان شرطًا كالدخول[10].

---

(١) انظر: الهداية للكلوذاني (صـ ٤٣٤)، والكافي لابن قدامة (٣/ ١٢٨).
(٢) أي: بين الوجهين عند الشافعية.
(٣) انظر: الوسيط للغزالي (٥/ ٤٤٠).
(٤) الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٥/ ٢٣٣)، والإجماع (٨٥).
(٥) في الأصل: (إذا) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٦) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ١٢٨).
(٧) الوسيط للغزالي (٥/ ٤٤٠).
(٨) المغني لابن قدامة (٧/ ٤٥٣).
(٩) المغني لابن قدامة (٧/ ٤٥٣).
(١٠) لم أجدها في مطبوع المحيط؛ لكن نسبها له كالمؤلف الشلبي في حاشيته على تبيين الحقائق فقال: إذا قال: أنت طالق في حيضك، وهي حائض؛ لم تطلق حتى تحيض أخرى؛ لأنها عبارة عن دور الدم وتركه ونزوله لوقته؛ فكان فعلا؛ فصار شرطا كما في الدخول والشرط يعتبر في المستقبل لا في الماضي. (٢/ ٢٣٧).

حَدِيثِ الِاستِبرَاءِ وَكَمَالُهَا بِانتِهَائِهَا وَذَلِكَ بِالطُّهرِ (وَإِذَا قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ إِذَا صُمتِ يَومًا ....

(حديث الاستبراء) وهو قوله عليه السلام: «**ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة**»[١].

قوله: (وذلك بالطهر)؛ أي: الانتهاء بالطُّهر؛ لأن الشيء ينتهي بضده، ثم الطهارة عن الحيض يثبت بالانقطاع عن العشرة: بمضي العشرة، وفيما دونها يثبت: بالاغتسال أو بمضي وقت صلاة؛ فما لم يثبت أحدهما لا يثبت الانقطاع. كذا في مبسوط شيخ الإسلام[٢]؛ ولهذا قالوا: كان الطلاق في الأولى بدعيًّا وفي الثانية سُنيًّا؛ لوقوعه في الطُّهر بعد الحيض. ذكره التمرتاشي[٣].

وفي المغني: قال: إن حِضتِ حيضة، يشترط دخولها في الطهر باتفاق الأئمة[٤].

وهذا بخلاف ما لو قال: أنت طالق قبل أن تحيضي حيضة بشهر، فحاضت بعد مدة؛ طُلّقت ولا يُنْتَظَرُ الطهر[٥].

والجواب: أن قبليته كائن فلا يُنْتَظَرُ بخلاف مسألة الكتاب، فإن الطلاق فيها معلق بالحيضة فلا يوجد إلا بعد وجودها.

ولو قال: إذا حضت نصف حيضَة فأنتِ طالق؛ لا يقع حتى تطهُر. ذكره التمرتاشي[٦].

وقال زفر: إذا مضى بحيضها خمسة أيام؛ يقع للتيقن بمضي النصف، فصارت كالصغيرة والآيسة في حق الشهر، وبه قال أحمد[٧] إذا مضى نصف

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٤٨، برقم ٢١٥٧)، والحاكم (٢/ ٢١٢، برقم ٢٧٩٠) من حديث أبي سعيد الخدري مرفوعا، أنه قال في سبايا أوطاس: «ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة». وصححه الحاكم.
(٢) انظر: حاشية الشِّلْبِيِّ على تبيين الحقائق (٢/ ٢٣٨).
(٣) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٤٢٤).
(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٥٣) و (٩/ ٥٧٦).
(٥) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/١٢٩).
(٦) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٣٩٠).
(٧) وقع تصحيف في النسخة الثانية والثالثة وقالوا: (مالك) بدلا من (أحمد).

....

أكثر الحيض[١]، وعنه كقولنا[٢].

وقلنا: الحيض عبارة عن درور الدم، وذلك يقل في وقت ويدر في وقت؛ فلا يمكن معرفة نصفها، وذكر بعض ما لا يتجزئ كذكر كله، كما لو قال: أنتِ طالق نصف تطليقة.

ثم اعلم أن هاهُنا قيد ذكره في الذخيرة، وهو: أنه إنما يقبل قولها في الطُّهر والحيض إذا كان الحيض والطُّهر قائمين وقت الإخبار؛ بأن أخبرت بعد التعليق بعشرة أيام أنها حاضت وطهرت واغتسلت وكذبها الزوج؛ فالقول لها.

أما لو قالت بعد تطاول الزمان: حِضتُ وطهرتُ وأنا الآن حائض بحيضة أخرى؛ لا يقبل قولها، ولا يقع الطلاق؛ لأنها أخبرت عن شرط وقوع الطلاق حال فواته وانعدامه، إلا إذا أخبرت عن الطُّهر بعد انقضاء هذه الحيضة؛ فحينئذٍ يقع الطلاق.

وكذا في المسألة الأولى إذا قال لها: إن حضتِ، فمكثت أياما ثم قالت: حضتُ منذ خمسة أيام وأنا الآن حائض؛ صُدِّقت.

وفي هذه الصورة وَلو قالت: حضتُ وطهرتُ؛ لا تُصدَّق إذا كذَّبها الزوج؛ لأنها أخبرت عما هو شرط حال فواته، والمعنى فيه: أن الشرع جعلها أمينة فيما تخبر عن الحيض والطُّهر؛ ضرورة إقامة الأحكام المتعلقة بهما، فما دامت الأحكام قائمة كان الاسمان قائمان من جهة الشرع؛ فتصدق.

وإذا كانت الأحكام منقضية؛ كان الاسمان فائتان؛ فلا تصدق، بخلاف المودَع لو قال: رددتها أو ملكت؛ يصدَّق ولا يشترط لتصديقه قيام الأمانة؛ لأنه صار أمينًا من جهة صاحب المال صريحًا وابتداء لا لضرورة؛ حيث ائتمنه صاحب المال مطلقًا.

---

(١) انظر: الهداية للكلوذاني (صـ ٤٣٥).
(٢) انظر: الكافي لابن قدامة (٣/ ١٣٠).

طَلُقَت حِينَ تَغِيبَ الشَّمسُ فِي اليَومِ الَّذِي تَصُومُ) لِأَنَّ اليَومَ إِذَا قُرِنَ بِفِعل مُمتَدٍّ يُرَادُ بِهِ بَيَاضُ النَّهَارِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: إِذَا صُمتِ، لِأَنَّهُ لَم يُقَدِّرهُ بِمِعيَار، وَقَد وُجِدَ الصَّومُ بِرُكنِهِ وَشَرطِهِ.

(وَمَن قَالَ لِامرَأَتِهِ: إِذَا وَلَدتِ غُلَامًا فَأَنتِ طَالِقٌ وَاحِدَة، وَإِذَا وَلَدت جَارِيَة فَأَنتِ طَالِقٌ ثِنتَينِ، فَوَلَدَت غُلَامًا وَجَارِيَة، وَلَا يُدرَى أَيُّهُمَا أَوَّلُ، لَزِمَهُ فِي القَضَاءِ تَطلِيقَةٌ، وَفِي التَّنَزُّهِ تَطلِيقَتَانِ وَانقَضَت العِدَّةُ بِوَضعِ الحَملِ) لِأَنَّهَا لَو وَلَدَت الغُلَامَ

قوله: (طلقت حين تغيب الشمس)، وكذا لو قال: إن صمت يومًا[١]. ذكره التمرتاشي[٢].

(لأنه لم يقدره بمعيار) فإذا صامت ساعة مقرونة بالنية؛ طلقت وإن قطعه بعده.

وكذا لو قال: إن صمت في يوم أو في شهر؛ لأنه لم يشترط كماله وقد وجد ركنه وشرطه وإن قلَّ، وسيجيء في الأيمان إن شاء الله تعالى. وهكذا ذكره أحمد في المغني[٣].

قوله: (لزمه في القضاء تطليقة) للتيقن بها كما ذكر في المتن.

والمراد بـ**(التنزه)** التباعد عن السوء، والتورع عن مظان الحرمة؛ لأن ترك وطء [٤٤٦/ب] امرأةٍ يحل وطئها خير من أن يطأ امرأة محرَّمة عليه، حتى لو كانت عنده بتطليقتين؛ لا يتزوجها إلا بعد زوج آخر احتياطًا. كذا في المبسوط[٤].

ولا يولدان معًا عادة؛ وفي الروضة: لو ولدتهما معًا؛ يقع الثلاث وتعتد بالأقراء.

ولو تأخرت ولادة الجارية؛ لم يقع شيء وتنقضي عدتها وهو المذهب، وعلى نصه في الإملاء: تطلق ثنتين بها أيضًا وتعتدّ بالأقراء[٥].

---

(١) في الأصل: (صوما) وما أثبتناه من النسخة الثالثة.
(٢) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٣٨).
(٣) المغني لابن قدامة (٩/ ٥٧٦).
(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٠٤).
(٥) روضة الطالبين للنووي (٨/ ١٤٣).

أَوَّلًا وَقَعَت وَاحِدَةٌ وَتَنقَضِي عِدَّتُهَا بِوَضعِ الجَارِيَةِ، ثُمَّ لَا تَقَعُ أُخرَى بِهِ، لِأَنَّهُ حَالُ انقِضَاءِ العِدَّةِ، وَلَو وَلَدَت الجَارِيَةَ أَوَّلا وَقَعَت تَطلِيقَتَانِ وَانقَضَت عِدَّتُهَا بِوَضعِ الغُلَامِ ثُمَّ لَا يَقَعُ شَيءٌ آخَرُ بِهِ، لِمَا ذَكَرنَا أَنَّهُ: حَالُ انقِضَاءِ العِدَّةِ، فَإذا فِي حَالٍ تَقَعُ وَاحِدَةٌ وَفِي حَالٍ تَقَعُ ثِنتَانِ فَلَا تَقَعُ الثَّانِيَةُ بِالشَّكِّ وَالِاحتِمَالِ، وَالأَولَى: أَن يُؤخَذَ بِالثِّنتَينِ تَنَزُّهاً وَاحتِيَاطاً، وَالعِدَّةُ مُنقَضِيَةٌ بِيَقِين لِمَا بَيَّنَّا.

(وَإِن قَالَ لَهَا: إِن كَلَّمتِ أَبَا عَمرو وَأَبَا يُوسُفَ فَأَنتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا، ثُمَّ طَلَّقَهَا

ولو جهل السابق؛ فعلى نصه في الإملاء: تقع الثلاث وتعتد بالأقراء، وعلى المذهب من جهة الورع: يتركها حتى تنكح زوجًا غيره؛ لاحتمال المعية[١]. قيل: ينبغي أن لا يعول عليه؛ لأن ذلك مستحيل عادي[٢].

ولو ولدت غلامًا وجاريتين والمسألة بحالها؛ يقع في القضاء تطليقتان وفي التنزه ثلاثًا؛ لأن الغلام إن كان أولًا؛ تطلق ثلاثًا: واحدة بالغلام وثنتان بالجارية الأولى[٣]؛ إذِ العدة لا تنقضي ما بقي في البطن حمل.

وإن كان الغلام آخرًا[٤]؛ تقع ثنتان فصار في التنزه ثلاث.

وفي الروضة: إن ولدتِ ذكرين وأنثى معًا؛ طلقتِ ثلاثًا. ولو ولدتِ أنثى أولا ثم ذكرين؛ طلقتِ بالأنثى ثنتين وبالذّكَر الأول واحدة أخرى وتنقضي العدة بالذَّكَر الثاني. ولو ولدتهما معًا طلقَتْ بالأنثى ثنتين وانقضَتْ عدتها بوضعهما معًا[٥] ولا يقع شيء آخر على المذهب[٦].

وفي الجامع: إن ولدتِ ولدًا فأنتِ طالق، فإن كان الذي ولدتيه غلامًا فأنتِ طالق ثنتين، فولدَتْ غلامًا؛ تقع الثلاث لوجود الشرطين؛ لأن المطلق

---

(١) روضة الطالبين للنووي (٨/ ١٤٤).

(٢) أي قولهم: لاحتمال الخروج معا، غير أنه إن تحقق ولادتهما معا وقع الثلاث وتعتد بالأقراء، فتح القدير (٤/ ١٢٩).

(٣) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٣٩).

(٤) يقع ثنتان بالجارية الأولى ولا يقع بالثانية شيء؛ لأن اليمين بها قد انحلت بالأولى ولا يقع بولادة الغلام أيضا شيء؛ لأنه حال انقضاء العدة فتردد بين ثلاث وثنتين فيحكم بالأقل قضاء وبالأكثر تنزها. تبيين الحقائق (٢/ ٢٣٩).

(٥) أي: الذكرين.

(٦) روضة الطالبين للنووي (٨/ ١٤٤).

وَاحِدَة فَبَانَت وَانقَضَت عِدَّتُهَا، فَكَلَّمَت أَبَا عَمرو ثُمَّ تَزَوَّجَهَا، فَكَلَّمَت أَبَا يُوسُفَ، فَهِيَ طَالِقٌ ثَلَاثًا مَعَ الوَاحِدَةِ الأُولَى، وَقَالَ زُفَرُ ﷺ: لَا يَقَعُ)، وَهَذِهِ عَلَى وُجُوه: أَمَّا إن وُجِدَ الشَّرطَانِ فِي المِلكِ فَيَقَعُ الطَّلَاقُ وَهَذَا ظَاهِرٌ، أَو وُجِدَا فِي غَيرِ المِلكِ فَلَا يَقَعُ، أَو وُجِدَ الأَوَّلُ فِي المِلكِ وَالثَّانِي فِي غَيرِ المِلكِ فَلَا يَقَعُ أَيضًا، لِأَنَّ الجَزَاءَ لَا يَنزِلُ فِي غَيرِ المِلكِ فَلَا يَقَعُ، أَو وُجِدَ الأَوَّلُ فِي غَيرِ المِلكِ وَالثَّانِي فِي المِلكِ وَهِيَ مَسأَلَةُ الكِتَابِ الخِلَافِيَّةُ. لَهُ اعتِبَارُ الأَوَّلِ بِالثَّانِي إذ هُمَا فِي حُكمِ الطَّلَاقِ كَشَيء وَاحِد. وَلَنَا: أَنَّ صِحَّةَ الكَلَامِ بِأَهلِيَّةِ المُتَكَلِّمِ، إلَّا أَنَّ المِلكَ يُشتَرَطُ

موجود في المقيد[١]، وبه قال: مالك[٢]، والشافعي[٣].

قوله: (وهذه)؛ أي: هذه المسألة على أربعة أوجه بالقسمة العقلية، وقد ذكر الأقسام في المتن.

وفي الوجه الثالث: وهو "أن يوجد الأول في الملك لا الثاني" خلاف ابن أبي ليلى. ذكره في المبسوط[٤].

(له)؛ أي: لزفر **(اعتبار الأول بالثاني)**؛ أي: في اشتراط الملك؛ إذْ هما في حكم الطلاق كشيءٍ واحد من حيث إن الطلاق يتوقف عليهما؛ فصارا بمنزلة شرط واحد، وصار كما لو قال: إن دخلتِ هذه الدار فأنتِ طالق وإذا دخلت هذه الدار الأخرى؛ فإنه يشترط الملك فيهما اتفاقًا، واعتبر بالعلة ذات الوصفين.

قوله: (إلا أن الملك) إلى آخره؛ جوابُ سؤالٍ مقدَّر وهو أن يقال: لما كان صحة الكلام بأهلية المتكلم، وهذا الكلام يمين ومحله الذمة؛ فينبغي ألا يشترط الملك وقت التعليق.

فأجاب عنه وقال: إنما يشترط الملك لكذا حال بقاء اليمين؛ فيستغني عن

---

(١) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٣٩٤).

(٢) انظر: عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٥٣٩)، التوضيح لخليل بن إسحاق (٤/ ٤٢٧).

(٣) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ٢٥٥)، بحر المذهب للروياني (١٠/ ١٢٧).

(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (٣٠/ ١٦٠).

حَالَةُ التَّعلِيقِ لِيَصِيرَ الجَزَاءُ غَالِبَ الوُجُودِ لِاستِصحَابِ الحَالِ فَتَصِحُّ اليَمِينُ وَعِندَ تَمَامِ الشَّرطِ لِيَنزِلَ الجَزَاءُ، لِأَنَّهُ لَا يَنزِلُ إِلَّا فِي المِلكِ، وَفِيمَا بَينَ ذَلِكَ الحَالُ حَالُ بَقَاءِ اليَمِينِ فَيُستَغنَى عَن قِيَامِ المِلكِ إذ بَقَاؤُهُ بِمَحَلِّهِ وَهُوَ الذِّمَّةُ.

(وَإِن قَالَ لَهَا: إِن دَخَلتِ الدَّارَ فَأَنتِ طَالِقٌ ثَلَاثا، فَطَلَّقَهَا ثِنتَينِ وَتَزَوَّجَت زَوجًا آخَرَ وَدَخَلَ بِهَا ثُمَّ عَادَت إِلَى الأَوَّلِ فَدَخَلَت الدَّارَ طَلُقَت ثَلَاثًا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ هِيَ طَالِقٌ مَا بَقِيَ مِن الطَّلَقَاتِ)(*) وَهُوَ قَولُ زُفَرَ رَحمَةُ اللَّهِ تَعَالَى عَلَيهِ. وَأَصلُهُ: أَنَّ الزَّوجَ الثَّانِيَ يَهدِمُ مَا دُونَ الثَّلَاثِ عِندَهُمَا فَتَعُودُ إِلَيهِ بِالثَّلَاثِ.

الملك؛ كما لو علق طلاقها بشرط ثم أبانها وانقضت عدتها ثم تزوجها ثم وُجد الشرط؛ فإنها تطلق بالإجماع، واليمين لم تبطل بزوال الملك؛ فكان كالنصاب إذا انتقص في أثناء الحول. خلافًا له.

(إذْ بقاؤه)؛ أي: بقاء اليمين **(بمحله)**.

والجواب عن مستشهده: أن الشرط الأول لانعقاد اليمين الصُّغرى؛ فيشترط الملك كالكبرى. بخلاف الخلافية؛ فإن الصغرى والكبرى منعقدتان فيها.

قوله: (عندهما)؛ أي: أبي حنيفة وأبي يوسف.

(فتعود) بثلاث تطليقات[1]؛ قال ابن المنذر: وهو قول ابن عمر، وابن عباس، وعطاء، وشريح، والنخعي[2].

وفي المبسوط: وهو قولُ ابن مسعود[3].

(وهو قول زفر)، وبه قال جماعة من الصحابة والشافعي[4]، ومالك[5]،

(*) الراجح: قول محمد.

(١) والمسألة هي: إن طلق امرأته واحدة أو اثنتين ثم تزوجها بعد زوج قد دخل بها، هل يهدم الزواج الثاني طلاق الأول؛ فتعود بثلاث تطليقات مستقبلات، أم تعود بما بقي من طلاقها؟.

(٢) الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٥/ ٢٤٢).

(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٩٥).

(٤) انظر: الأم للشافعي (٥/ ٢٦٦)، نهاية المطلب للجويني (١٣/ ٣١٢).

(٥) انظر: التبصرة للخمي (٦/٢٦١٨)، وعقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/٥٢٣).

وَعِندَ مُحَمَّد وَزُفَرَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى: لَا يَهدِمُ مَا دُونَ الثَّلَاثِ فَتَعُودُ إِلَيهِ مَا بَقِيَ، وَسَنُبَيِّنُ مِن بَعدُ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (وَإِن قَالَ لَهَا: إِن دَخَلت الدَّارَ فَأَنتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا، ثُمَّ قَالَ لَهَا: أَنتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَتَزَوَّجت غَيرَهُ وَدَخَلَ بِهَا ثُمَّ رَجَعت إِلَى الأَوَّلِ فَدَخَلَت الدَّارَ لَم يَقَع شَيءٌ) ....

وأحمد(١)، وأصحابهم.

وفي المبسوط: أخذ الشبان من الفقهاء بقول المشايخ من الصحابة، وأخذ المشايخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة(٢).

وفي الذخيرة: لو قال: كلما دخلت الدار فأنت طالق، فدخلت مرة أو مرتين، ثم تزوجت بغيره، وعادت إلى الأول؛ عادت بثلاث، ثم لو دخلت الدار ثلاث مرات وقع الثلاث عندهما(٣).

وعند محمد: هي طالق بما بقي، وتثبت الحرمة الغليظة بما بقي(٤).

لهما: ما رواه أبو عيسى الترمذي(٥)، وهو قوله: «لعن الله المحلل»(٦) الحديث. والمسألة مستقصاة في الأصول.

قوله: (لم يقع شيءٌ) عند علمائنا الثلاثة، وبه قال الشافعي في الجديد على المنصوص(٧)، ومالك(٨)، وأحمد(٩)؛ قال ابن المنذر: أجمع كل من يحفظ عنه

---

(١) انظر: العدة شرح العمدة لبهاء الدين المقدسي (ص: ٤٥٥)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٥/ ٤٣٧).

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٩٥).

(٣) الذخيرة البرهانية لابن مازة (٤/ ١١٦).

(٤) لأن الزوج الثاني غاية للحرمة بالنص، قال الله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾ على ما تقدم وكل ما كان غاية للحرمة فهو منه لها؛ لأن المغيا ينتهي بالغاية فيكون الزوج الثاني منهيًّا للحرمة. العناية (٤/ ١٨٤).

(٥) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٢٧، ٢٠٧٦)، والترمذي (٢/ ٤١٨، برقم ١١١٩)، وابن ماجه (١/ ٦٢٢، برقم ١٩٣٥) من حديث علي مرفوعا، قال الترمذي: وفي الباب عن ابن مسعود، وأبي هريرة، وعقبة بن عامر، وابن عباس.

(٦) ووجهه: أن أهل الحديث أوردوه في باب ما جاء في الزوج الثاني، فالمراد بالمحلل الزوج الثاني، العناية (٤/ ١٨٤).

(٧) انظر: الأم للشافعي (٥/ ٢٦٦)، نهاية المطلب للجويني (١٣/ ٣١٢).

(٨) انظر: التبصرة للخمي (٦/ ٢٦١٨)، وعقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٥٢٣).

(٩) انظر: العدة شرح العمدة لبهاء الدين المقدسي (ص: ٤٥٤)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٥/ ٤٣٧).

وَقَالَ زُفَرُ رَحمَةُ اللَّهِ تَعَالَى عَلَيهِ: يَقَعُ الثَّلَاثُ، لِأَنَّ الجَزَاءَ ثَلَاثُ تُطلقُ لإِطلَاقِ اللَّفظِ، وَقَد بَقِيَ احتمالُ وُقُوعِهَا فَتَبقَى اليَمِينُ. وَلَنَا: أَنَّ الجَزَاءَ طَلَقَاتُ هَذَا المِلكِ لِأَنَّهَا هِيَ المَانِعَةُ، ....

من أهل العلم على ذلك[1].

(**وقال زفر رحمة الله تعالى عليه: يقع الثلاث**) وهو أحد قولي الشافعي[2].

(**ثلاث تطلق**) لا الثلاث المملوكات؛ لأن المملوكات مقيدة واللفظ مُطلق، والمُطلق لا يتناول المقيد؛ لأنه ضده حكمًا.

(**وقد بقي احتمال وقوعها**)؛ أي: احتمال طلقات ثلاث مُطْلقٌ (**فبقى اليمين**) والدليل على أنه لم يُصرَف إلى الطلقات المملوكات: مسألة الهدم فلو انصرف إلى الملك القائم لوقع [بما][3] بقي، وكما لو قال: [٤٤٧/أ] كلما تزوجتكِ فأنت طالق ثلاثًا فتزوجها بعد زوج آخر تبقى اليمين.

وبدليل: ما لو قال لعبده: إن دخلتَ الدار فأنتَ حرٌّ، فباعَه ثم اشتراه ودخل الدار؛ يعتق؛ فلو تقيد الجزاء بهذا الملك لما عتق؛ ولهذا لو قال لها: إن دخلتِ الدار فأنتِ عليَّ كظهر أمي ثم طلقها ثلاثًا ثم دخلت بعد زوج آخر؛ يكون مظاهِرًا عنها.

وكيف يبطلُ التعليقُ التنجيزَ؟ لأن ما صادفه التنجيز طلاق وما صادفه التعليق ما يصير طلاقا.

(**لأنها**)؛ أي: طلقات هذا الملك (**هي المانعة**)؛ لأن اليمين إنما تنعقد لطلاق يصلح جزاءً، وما يصلح جزاءً: طلاقٍ يحصل به مقصود الحالف، وهو: المنع عن تحصيل الشرط أو الحِلِّ، والطلاق المبطل للمحل الذي يحتمل أن يوجد في المستقبل ليس الغالب منه الوجود؛ بل الغالب منه العدم؛ لاستصحاب

---

(١) الإجماع لابن المنذر (ص ٨٧).

(٢) انظر: نهاية المطلب للجويني (١٣/ ٣١٢).

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ مَا يَحدُثُ وَاليَمِينُ تُعقَدُ لِلمَنعِ أَو الحَملِ، وَإِذَا كَانَ الجَزَاءُ مَا ذَكَرنَاهُ وَقَد فَاتَ بِتَنجِيزِ الثَّلَاثِ المُبطِلِ لِلمَحَلِّيَّةِ فَلَا تَبقَى اليَمِينُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا

الحال فلم يكن مخوفًا؛ لأن الإنسان لا يخاف من زوال ملك موهوم الوجود، ولا زوال نعمة ستوجد، فعلم أن المراد من المطلق المقيد بذلك القرينة.

(وقد فات)؛ أي: الجزاء **(بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية)** حتى لا يبقى محلًّا للطلاق، وبفوت محل الجزاء؛ يبطل اليمين كفوت محل الشرط بأن قال: إن دخلتِ هذه الدار فأنت طالق، ثم جعلت الدار بستانًا؛ لا يبقى اليمين؛ فهذا مثله.

قوله: (لبقاء محله)؛ أي: محل الجزاء وهو ما بقي من الملك.

وفي الطريقة البرغرية: ملك ثلاث تطليقات بالنكاح ولم يستوف إلا بعضه؛ فما لم يستوفه يبقَى ملكًا له ضرورة، وإن كان لا يقدر التصرف فيه لعدم شرطه كما يملك وطئه، ولا يمكن استيفاؤه في حالة الحيض، وكما يملك القصاص على الحامل ولا يقدر استيفاؤه على الحامل.

وأما الجواب عن مسألة الهدم فقلنا: إن اليمين بقيت ببقاء الجزاء؛ لأن اليمين لا ينقسم على الجزاء كما لا ينقسم على الشرط، ولما بقيت اليمين بالكُلية؛ صار كأنه قائلاً عند الدخول: أنت طالق ثلاثًا، وهو يملك الثلاث؛ فتقع. كذا قرره شيخي العلامة رحمه الله[(١)].

وفي الكافي: لما بقي اليمين بعد الثنتين وقد استفاد من جنس ما انعقد عليه اليمين؛ فيسري إليه حكم اليمين تبعًا وإن لم ينعقد اليمين عليه قصدًا[(٢)].

وفي الغاية: وهو مشكلٌ جدًّا عن مسألة العبد: أن العبد بصفه الرق كان محلًّا للعتق، وبالبيع لم تفت تلك الصفة، حتى لو فاتت بالعتق؛ لم يبقَ اليمين[(٣)]؛ حتى لو ارتدَّ ولحق بدار الحرب ثم سُبي ثم ملكه المولى ودخل الدار لم يعتق.

وعن مسألة الظهار: [بأن محلية الظهار][(٤)] لا تنعدم بالثلاث؛ لأن الحرمة

---

(١) قرره شيخه عبدالعزيز البخاري في كشف الأسرار (٢/ ٢٨١).
(٢) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٤٠).
(٣) انظر: المرجع السابق.
(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

أَبَانَهَا، لِأَنَّ الجَزَاءَ بَاقٍ لِبَقَاءِ مَحلِّهِ (وَلو قَالَ لِامرَأَتِهِ: إذَا جَامَعتُكِ فَأَنتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَجَامَعَهَا فَلَمَّا التَقَى الخِتَانَانِ طَلُقَت ثَلَاثًا، وَإِن لَبِثَ سَاعَة لَم يَجِب عَلَيهِ المَهرُ، وَإِن أَخرَجَهُ ثُمَّ أَدخَلَهُ وَجَبَ عَلَيهِ المَهرُ) وَكَذَا إذَا قَالَ لِأَمَتِهِ: إذَا جَامَعتُك فَأَنتِ حُرَّةٌ (وَعَن أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ أَوجَبَ المَهرَ فِي الفَصلِ الأَوَّلِ أَيضًا) لِوُجُودِ الجِمَاعِ بِالدَّوَامِ عَلَيهِ، إلَّا أَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيهِ الحَدُّ ....

بالظهار غير الحرمة بالطلاق، فإن تلك الحرمة حرمة إلى وجود التكفير، وهذه حرمة إلى وجود ما يرفعها وهو الزوج الثاني، إلا أنها لو دخلت الدار بعد الطلقات الثلاث لا يصير مظاهِرًا؛ لأنه لا حل بينهما في [الحال][1]، والظهار تشبيه المحلَّلة بالمُحرَّمة، وذلك يوجد بعد التزويج بها إذا دخلت الدار[2].

وعن "كلما تزوجتُ": فإن المعلق بالتزويج الطلقات غير المملوكات؛ لأن هذا تعلق بالملك، وكلمة "كلما" توجب العموم والتكرار.

وعلى هذا الخلاف لو قال: أنتِ طالق كلما حضتِ حيضة، فبانت بثلاثٍ ثم عادت بعد زوج آخر وحاضت؛ لم يقع شيء عندنا خلافا لزفر[3].

وكذا لو آلى منها، فبانت بالإيلاء ثلاث مرات، ثم تزوَّجت بآخر وعادت؛ لم يقع عليها بهذا الإيلاء طلاق إلا على قول زفر، ولكن إن قربها؛ كفَّر يمينه ويحنث في اليمين. كذا في المبسوط[4].

قوله: (لم يجب عليه المهر)؛ أي العقر، عندهما خلافًا لأبي يوسف.

قوله: (ثم أدخله وجب [عليه][5] المهر) بالإجماع.

(لوجود الجماع بالدوام)؛ إذْ معنى الجماع حصُول الالتذاذ بمماسة الفرجين، وقد وُجد بعد ثبوت الحرمة والطلقات الثلاث.

(إلا أنه لا يجب [عليه][6] الحد)، وإن قال: ظننت أنها عليَّ حرام؛

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٩٤).
(٣) انظر: المرجع السابق.
(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٩٤).
(٥) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٦) ما بين المعكوفتين زيادة من المتن.

لِلِاتِّحَادِ، وَجهُ الظَّاهِرِ: أَنَّ الجِمَاعَ إدخَالُ الفَرجِ فِي الفَرجِ وَلَا دَوَامَ لِلإِدخَالِ، بِخِلَافِ مَا إذَا أَخرَجَ ثُمَّ أَولَجَ، لِأَنَّهُ وُجِدَ الإِدخَالُ بَعدَ الطَّلَاقِ، إلَّا أَنَّ الحَدَّ لَا يَجِبُ بِشُبهَةِ الِاتِّحَادِ بِالنَّظَرِ إلَى المَجلِسِ وَالمَقصُودِ، وَإِذَا لَم يَجِب الحَدُّ وَجَبَ العُقرُ إذ الوَطءُ لَا يَخلُو عَن أَحَدِهِمَا، وَلَو كَانَ الطَّلَاقُ رَجعِيًّا يَصِيرُ مُرَاجِعًا بِاللُّبَاثِ

(للاتحاد)؛ أي: اتحاد الإيلاج الحلال مع اللبث الحرام من حيث المقصود وهو قضاء الشهوة، فكان الجماعُ واحدًا من وجه، وأوله غير موجب للحد؛ فسقط الحد ووجب العقر؛ لأن البضع المحرم لا يخلو عن عقر أو حد[١].

وعلى هذا الخلاف إذا قال لأمته: إذا جامعتكِ فأنتِ حرّة.

(وجه الظاهر)؛ أي: ظاهر الرواية **(أن الجماع إدخال الفرج في الفرج)** ولم يوجد ذلك بعد الطلقات والعتق، **(ولا دوام للإدخال)** حتى يكونَ لدوامه حُكم الابتداء؛ كمن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لا يحنثْ باللبث ساعة، وكذا لو حلف لا أدخِلُ دابتي في الاصطبل وهي فيها فأمسكها فيه؛ لا يحنث.

(والمقصود) وهو قضاء الشهوة.

ولو كان أنزل ثم أولج؛ ينبغي ألا يجب الحدّ أيضًا؛ لاتحاد المجلس.

وفي الفوائد [٤٤٧/ب] الظهيرية: الجماع عبارة عن الموافقة والمساعدة في أيِّ شيءٍ كان فإن محمدًا كثيرًا ما يقول في كتاب الحج على أهل المدينة: ألستم جامعتمونا في كذا؛ أي: وافقتمونا.

وحكي عن الطحاوي أنه كان يملي على ابنته مسائل يقول في إملائه: ألسنا قد جامعناكم على كذا، وألستم قد جامعتمونا على كذا، فتبسمت ابنته من ذلك يومًا فوقع بصره عليها، فقال: ما شأنك؟ فتبسَّمت أخرى، فأحسَّ الطحاوي أنها ذهبت بهذا اللفظ إلى الجماع المعروف، فقال: أَوَ يفهمُ من هذا؟ فاحترق غضبًا وقطع الإملاء ورفع يديه إلى السماء وقال: اللهم لا أريد حياةً بعد هذا فتمنى الموت فمات بعد ذلك بنحوٍ من خمسة أيام.

---

(١) في الأصل: (لا يخلو عن عقر أو على عقر) وما أثبتناه من البناية.

عِندَ أَبِي يُوسُفَ ﷺ خِلَافا لِمُحَمَّد ﷺ لِوُجُودِ المِسَاسِ، وَلَو نَزَعَ ثُمَّ أَولَجَ صَارَ مُرَاجِعًا بِالإِجمَاعِ لِوُجُودِ الجِمَاعِ، وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

ولقائل أن يقول: إذا أخرج ثم أولج في العتق ينبغي أن يجب الحد؛ لأنه وطء لا في [ملك، ولا في][1] شبهته -وهي العدة-، بخلاف الطلاق لوجود العدة فيه.

وجوابه ما ذكر في الكتاب: أن هذا ليس بابتداء فعل من كل وجه؛ لاتحاد المجلس والمقصود.

(خلافًا لمحمد) فإنه لا يصير مراجعًا عنده؛ لأن الدوام ليس يتعرض للبضع.

وفي جامع المحبوبي: أنه فعل واحدٌ عنده؛ فليس لآخره [حكم][2] فعل على حدة[3].

وقيل: ينبغي أن يصير مراجعًا عند الكل؛ لوجود المساس بشهوة[4].

فروع في المعنى

قال: أنتِ طالق لو دخلتِ الدار؛ كان شرطًا مثل أن يقول: "إن". وروي ذلك عن أبي يوسف. وقيل: لا يتعلق؛ لأنها للمضي فكأنه قال: أمس، وفي جوامع الفقه: لا يقع[5].

وقال بعض أصحاب الشافعي: يقع في الحال ولا يتعلق[6].

وكذا لو قال: أنتِ طالق لولا دخولكِ الدار، أو لولا مهرك، أو لولا أبوك

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٤/ ٣٨).
(٤) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٤/ ١٣٥).
(٥) انظر: كشف الأسرار لعبدالعزيز البخاري (٢/ ١٩٧).
(٦) انظر: البيان للعمراني (١٠/ ٢١٣)، حاشية الرملي على أسنى المطالب (٣/ ٣٠٢).

....

أو حَسَبُك؛ لا يقع[(١)].

وكذا في الإخبار؛ بأن قال: طلقتكِ أمس لولا كذا؛ لا يقع عند أحمد[(٢)].

وفي المغني: قال: أنتِ طالق إذ دخلتِ الدار؛ يقع؛ [لأن][(٣)] "إذْ" للمُضي، ويحتمل ألا يقع؛ كقوله: أمس[(٤)]. وعندنا يقع فيهما.

وفي جوامع الفقه: قال: ادخلي الدار وأنتِ طالق يتعلق؛ لأن جواب الأمر كالشرط بالفاء[(٥)].

وفي المبسوط والذخيرة قال: أدّ إليَّ ألفًا وأنتِ طالق؛ لا يقع حتى تؤدي؛ لأنه جواب الأمر، وفي المبسوط: لأن الواو للحال[(٦)].

وفيه: لأنه لو قال: أنتِ طالق وأنت مريضة؛ يقع في الحال إلا أن ينوي التعليق[(٧)]، ولو قال: أدِّ إليَّ ألفًا فأنت طالق؛ يقع في الحال؛ لأن الفاء للتعليل، وعلى هذا لو قال: افتحوا الباب وأنتم آمنون؛ يتعلق، ولو قال: فأنتم آمنون؛ لا يتعلق[(٨)]؛ للتفسير[(٩)].

ولو قال: أنتِ طالق ووالله لا أفعل كذا؛ فهو تعليق ويمين، ولو قال: أنت طالق والله لا أفعل كذا؛ طلقت في الحال. ذكرهما في جوامع الفقه[(١٠)].

وفي المغني: قال: إن أكلتِ إن لبستِ فأنت طالق؛ لم تطلق حتى تلبس ثم تأكل؛ ويقدم المؤخر، ويسميه النحويون: اعتراض للشرط على الشرط[(١١)]

---

(١) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ٢٢٦)، المهذب للشيرازي (٣/ ١٠).
(٢) انظر: الهداية للكلوذاني (ص٤٣٣)، والمغني لابن قدامة (٧/ ٤٢٩).
(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من المغني.
(٤) المغني لابن قدامة (٧/ ٤٥١).
(٥) لأن جواب الأمر بحرف الواو كجواب الشرط بحرف الفاء. فتاوى قاضيخان (١/ ٢٣٥).
(٦) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٨٠).
(٧) في الأصل: (إلا أن ينوي الحال) وما أثبتناه من كشف الأسرار (٢/ ١٢٣).
(٨) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٥/ ١٤).
(٩) أي: لما بين من الفرق بين حرف الواو وحرف الفاء.
(١٠) في الأصل: (ذكره في الجامع الصغير في جوامع الفقه) وما أثبتناه من النسخة الثانية والثالثة.
(١١) المغني لابن قدامة (٧/ ٤٥٠).

.........،..

قلت: ذلك تسمية محمد بن الحسن(١).

وكذا عند الشافعية وقالوا: إذا وقع الأكل أولًا(٢)، وقيل: سببه اللغوي؛ فلا يعتبر كصلاة الظهر قبل الزوال(٣). وهذا مُدرَك الشافعية وإمام الحرمين يجعلون ذلك كالمعطوف بالواو وقد حذفت، والواو العاطفة قد تحذف كقوله تعالى: ﴿وُجُوهٌ يَوْمَئِذٍ نَّاعِمَةٌ ۝٨﴾ [الغاشية ٨] يقال: جاءني زيد عمرو.

وروي عن محمد في رواية الأصول أنه رجع عن التقديم والتأخير إلى هذا القول، وقدر كل شرط في موضعه وأضمر حرف العطف كما ذكره إمام الحرمين. ذكره في الذخيرة؛ وهذه المسألة في الجامع قال: كل امرأة أتزوجها إن كلَّمْتِ فلانًا فهي طالق؛ يقدم المؤخر فيَصير التقدير: إن كلمْتِ فلانًا فكل امرأة أتزوجها فهي طالق(٤).

واستغني عن الإلغاء بتقديم الجزاء، فكان الكلام شرط الانعقاد، والتزوج شرط الانحلال، ولا يمكن أن يجعل الشرطان شرطًا واحدًا؛ لزوال الجزاء لعدم العطف، ولا الشرط الثاني مع ما بعده جزاء عن الأول؛ لعدم الفاء الرابطة، ولا توسط الجزاء؛ لما فيه من جعل الثاني غاية، ولا إلغاء الشرط الثاني؛ فكأنه قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق. وهذا الأخير ذكره النسفي(٥).

ونية التقديم والتأخير أخف من إضمار الحرف؛ لأنه تصحيح بالمنطوق من غير تقدير زيادة، وقد استدل محمد على هذا بآيتين إحداهما قوله تعالى:

---

(١) أي: اعتراض الشرط على الشرط.

(٢) إذا وقع الأكل أولًا؛ لم تطلق؛ لأن بقوله "إذا أكلتِ إن لبستِ" قد جعل اللبس شرطا في الأكل؛ فوجب أن يتقدم عليه.، لأن الشرط يتقدم على المشروط. انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ٢٢٦)، و المهذب للشيرازي (٣/ ٣٩).

(٣) من جعل الواو للترتيب. العزيز شرح الوجيز للرافعي (٩/ ١٢٨).

(٤) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ١٣١).

(٥) وهو قوله في الكنز (صـ ٢٨٤): والملك يشترط لآخر الشّرطين. وانظر شرحها بالبحر الرائق (٤/ ٣٤).

....

﴿وَلَا يَنفَعُكُمْ نُصْحِيٓ إِنْ أَرَدتُّ أَنْ أَنصَحَ لَكُمْ﴾[١] [هـود ٣٤] ﴿وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾[٢] [الأحزاب ٥٠] وهي محتملة للفريقين؛ فإن إرادة النبي عليه الصلاة السلام متأخرة فإنها كالقبول، ويحتمل تقدم إرادة النبي فإذا فَهِمَتْ ذلك وهبت نفسها له.

وقال ابن مالك: الشرط الثاني لا جواب له والجواب الأول، وذكر الثاني سدَّ مَسدَّ جوابه، وعلى هذا: إن شربتِ، إن أكلتِ، إن أبيتِ، [٤٤٨/أ] إن ركبتِ. أو قال: إن كلمته، إن دخل عليَّ.

وعن أبي يوسف والفراء: هذا فيما يُقدَّم عادة، وعلى هذا لو قال: إن أعطيتكِ إن وعدتكِ إن سألتِني فأنتِ طالق؛ لم تطلق حتى تسأله ثم يعِدُها ثم يعطيها؛ لأنه شرط في العطية الوعد، وفي الوعد السؤال؛ فكأنه قال: إن سألتيني إن وعدتكِ إن أعطيتكِ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي[٣].

وقال القاضي من الحنابلة: هذا إذا [كان][٤] الشرط بإذا، وإن كان مثل إن شربتِ إن أكلتِ تطلق بوجودهما كيف كان؛ لأن المعروف في ذلك "إذا" دون "إن"[٥]، وفي المغني: يجب الرجوع في ذلك إلى اللغة، ولا عُرف في التفرقة بينهما[٦].

ولو قال: إن وطئتكِ؛ فيمينُه على الجماع؛ وقال ابن قدامة الحنبلي وعند محمد بن الحسن: يمينه على الوطء بالقدم، ولو قال: أردت به الوطء؛ لم

---

(١) والمعنى: إن كان الله يريد أن يغويكم، فلا ينفعكم نصحي، إن أردت أن أنصح لكم. فتح القدير للكمال (٤/ ١٣١).

(٢) والمعنى: إن أراد النبي أن ينكح مؤمنة وهبت نفسها فقد أحللناها، ويحتمل تأخر إرادته لأنها كالقبول، فالمعنى: إن وهبت مؤمنة نفسها للنبي فإن أراد النبي -أي: قبل-؛ أحللناها. فتح القدير للكمال (٤/ ١٣١).

(٣) انظر: المهذب للشيرازي (٣/ ٣٩)، والبيان للعمراني (١٠/ ٢١٥).

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٥) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٥٠).

(٦) انظر: المرجع السابق.

....

يقبل[١]. وقد غلط ابن قدامة في النقل عن محمد؛ فإن محمد ذكر في أيمان الجامع: لو قال لها: إن وطئتكِ؛ فهو على الجماع في فرجها بذَكَرِه، ولو نوى الدَّوْس بالقدم؛ لا يصدَّق في الصرف عن الجماع، ويحنث بالدوس بالقدم أيضًا؛ لاعترافه به على نفسه. ولو قال: إن وطئتُ من غير ذكر امرأة؛ فهو على الدَّوس بالقدم، وهو اللغة والعُرف، وذلك باتفاق أصحابنا.

وفي الكافي: قال: إن تزوجتُ عليكِ فالمتزوَّجَةُ طالق، فأبانها وتزوج امرأة في عدتها؛ لا تطلق لأن الشرط لم يوجد؛ إذِ التزوج عليها أن يدخل عليها من ينازعها في الفراش والْقَسْمِ، ولم يوجد[٢].

ولو قال لها: أنت طالق إذا تزوجتكِ قبل أن أتزوجكِ فتزوجها؛ طلقت لأنه أضاف الطلاق إلى وقتين ليس بينهما حرف العطف فيقع في أولهما ويبطل في الثاني، كما لو [قال][٣]: أنتِ طالق إن تزوجتك قبل أن تخلقي؛ يقع بالتزويج ويبطل قبل أن تخلقي، وكذا لو قال لها: أنتِ طالق قبل أن أتزوجَكِ إذا تزوجتكِ أو متى؛ تطلق بالتزوج ويلغو قوله: قبل أن أتزوَّجكِ[٤].

ولو قال: إذا تزوجتكِ فأنتِ طالق قبل أن أتزوجكِ؛ لا تطلق بالتزوج عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف تطلق لما مرَّ، ولهما: أن التزوج شرط فيصيرُ قائلًا عند التزوج: أنتِ طالق قبل أن أتزوجك؛ فلا يقع كما لو قال: إذا تزوجتكِ فأنتِ طالقٌ قبل أن تخلقي. ولو قال: تزوجتكِ، على أنها طالق؛ صح النكاح ولم تطلق[٥].

[ولو][٦] قال رجل لامرأة غيره: إذا دخلتِ الدار فأنتِ طالق، فبلغ الزوج

---

(١) المغني لابن قدامة (٧/ ٤٧٢).
(٢) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٤١).
(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ١٣٣)، وتبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٠٥).
(٥) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ١٣٣).
(٦) ما بين المعكوفتين زيادة من البناية (٥/ ٤٣١).

فَصلٌ فِي الِاستِثنَاءِ

(وَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ لِامرَأَتِهِ: أَنتِ طَالِقٌ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى مُتَّصِلًا لَم يَقَع الطَّلَاقُ) لِقَولِهِ ﷺ: «مَن حَلَفَ بِطَلَاق أَو عَتَاق وَقَالَ: إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى مُتَّصِلًا بِهِ

فأجازه؛ صحَّ، حتى لو دخلت بعد الإجازة؛ تطلق، وقبلها؛ لا[(١)].

فصل في الاستثناء

ألحق الاستثناء بالتعليق؛ لأنهما من بيان التغيير[(٢)]؛ ولأن الشرط يمنع كل الكلام، والاستثناء بعضه، والجزء مقدَّم على الكل.

والاستثناء استفعال من الثني وهو الصرف[(٣)]، ويقال: ثنيته ثنيًا؛ أي: عطفته[(٤)]. وقدَّم مسألة (إن شاء الله)؛ لقربها ومشابهتها بمسائل ما قبل الفصل.

ثم المناسبة بينه وبين الاستثناء: منع أول الكلام[(٥)]، أو هو اسمٌ توقيفي قال تعالى: ﴿وَلَا يَسْتَثْنُونَ ۝١٨﴾.

ثم اختلفوا في عمله: أنه للإبطال أو للتعليق؟

فقال أبو يوسف: إبطال. وبه قال بعض أصحاب الشافعي[(٦)].

وقال محمد: تعليق. وبه قال بعض أصحاب الشافعي[(٧)].

وتظهر ثمرة الخلاف فيما إذا قدَّم المشيئة فقال: إن شاء الله أنتِ طالق،

---

(١) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٢٨٠).

(٢) وقد رسمت في النسخ (بيان التعبير)، وفي البناية (بيان التفسير)، والصواب ما أثبتناه؛ لأن بيان التغيير: هو صرف اللفظ عن ظاهر معناه وهو موجبه الحقيقي إلى بعض المحتملات نحو التعليق والاستثناء والتخصيص. وإنما سمي بيان تغيير لأنه صرف اللفظ عن موجبه الظاهر مثاله: الاستثناء نحو قوله: عليَّ ألف درهم فإن موجبه الألف بتمامه فلما استثنى بقوله: إلا مائة، تغير موجبه من التمام إلى البعض. انظر: دستور العلماء (١/ ١٧٥).

(٣) من قولك: ثنيت وجه فلان: إذا عطفته وصرفته، ومنه قوله تعالى: معناه: يسرون عداوة النبي ﷺ ويردونها بما أظهروا من الإسلام. النظم المستعذب لابن بطال الركبي (٢/ ١٦٩).

(٤) انظر: الصحاح تاج اللغة للجوهري (٦/ ٢٢٩٤).

(٥) هذا جواب: كان ينبغي أن يذكر هذه المسألة في الفصل المتقدم، لأنها ليست باستثناء، بل تعليق، البناية (٥/ ٤٣٢).

(٦) انظر: نهاية المطلب للجويني (١٤/ ٢١٢)، وروضة الطالبين للنووي (٨/ ٩٦).

(٧) عن صاحب التقريب والشيخ أبي عليّ. انظر: نهاية المطلب للجويني (١٤/ ٢١٢)، العزيز شرح الوجيز (٩/ ٣٣).

فَلَا حِنثَ عَلَيهِ» وَلِأَنَّهُ أَتَى بِصُورَةِ الشَّرطِ فَيَكُونُ تَعلِيقًا مِن هَذَا الوَجهِ، ....

فعند أبي يوسف أنه لإبطال الكلام سواء قدّم أو أخّر بحرف الفاء أو بغيره.

وعند محمد يقع؛ لأنه تعليق فإذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء؛ لم يتعلق نفي الطلاق بلا شرط. كذا في جامع الكبير لقاضي خان(١).

وذكر في فتاواه: الفتوى على قول أبي يوسف(٢).

وذكر في الإيضاح الاختلاف على العكس، وقال محمد: يرفع الكلام، وقال أبو يوسف: هذه كلمة شرط.

حتى لو جمع يمينين بأن قال: أنتِ طالق إن دخلتِ الدار، وعبدي حرٌّ إن كلمتِ زيدًا إن شاء الله؛ فعند أبي يوسف يعود إلى الجملة الثانية، وعند محمد ينصرف إلى الكل(٣).

وذكر في فتاوى قاضي خان في الطلاق: ثم اختلف أبو يوسف ومحمد في الطلاق المقرون بالاستثناء في موضع يصح الاستثناء هل يكون يمينًا؟ قال أبو يوسف: يكون يمينًا حتى لو قال لها: إن حلفتُ بطلاقك فعبدي حر، ثم قال لها: أنتِ طالق إن شاء الله يحنث في قول أبي يوسف. وقال محمد: لا يكون يمينًا ولا يحنث(٤).

(**لم يقع الطلاق**)(٥)، وكذا العتاق لو قال لعبده: أنتَ حرٌّ إن شاء الله. وبه قال: الشافعي(٦)، وطاووس والنخعي والحكم وعطاء ومجاهد والزهري وحماد والشعبي وعبد الرزاق وابن المسيب والأوزاعي وعثمان البتي [٤٤٨/ب] وأبو ثور وإسحاق وأبو عبيدة(٧)، والظاهرية(٨)، وأبو سليمان.

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٤٣).
(٢) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ١٣٨).
(٣) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٤٣).
(٤) فتاوى قاضي خان (١/ ٢٣٦).
(٥) انظر المتن ص ٢٤٤.
(٦) انظر: الأم للشافعي (٥/ ٢٠١)، الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ٢٦٠).
(٧) انظر: مصنف عبد الرزاق الصنعاني (٦/ ٣٨٩)، مصنف ابن أبي شيبة (٤/ ٨١)، المحلّى بالآثار (٩/ ٤٨٥).
(٨) انظر: المحلّى بالآثار لابن حزم (٩/ ٤٨٥).

....

وقال مالك[١]، وأحمد في ظاهر الرواية عنه[٢]، والليث والحسن البصري وابن المسيب والزهري في رواية ومكحول وقتادة وابن أبي ليلى[٣]: يقع الطلاق في الحال ولا يتعلق.

وفي اليمين اختلفوا -يعني: بالطلاق وغيره- قال أصحابنا: لا شيء عليه، وبه قال الشافعي وابن ابي ليلى وإسحاق وأبو عبيدة[٤].

وقال مالك: لا استثناء في الطلاق[٥] والعتاق والمشي والصدقة، ويعتبر في اليمين والنذر.

وعند أحمد: لا يرفع الطلاق خاصة ويرفع العتاق والأيمان[٦].

لنا حديث أبي هريرة: «**من حلف على يمين فقال: إن شاء الله، فقد استثنى**»[٧] هذا لفظ النسائي ولفظ الترمذي «**لم يحنث**» وقال: حديث حسن وليس في الحديث متصلًا به.

وقول موسى عليه السلام: ﴿سَتَجِدُنِيٓ إِن شَآءَ ٱللَّهُ صَابِرًا﴾ ولم يصبر ولم يكن ذلك خُلفًا للوعد، وهذا الكلام وعدٌ عند عدم الاستثناء ولم يبق وعدًا به، وإلا لكان خُلفًا منه، وموسى عليه السلام معصومٌ؛ إذْ هو أمارة النفاق كما ورد في الحديث[٨].

---

(١) انظر: المدونة لابن القاسم (٢/ ٧١)، الكافي لابن عبدالبر (٢/ ٥٨٠).
(٢) انظر: الهداية للكلوذاني (ص: ٤٣٨)، المغني لابن قدامة (٩/ ٥٢٥).
(٣) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (٤/ ٨١)، المحلى بالآثار لابن حزم (٩/ ٤٨٥)، المعاني البديعة للريمي (٢/ ٢٥٨).
(٤) انظر: حلية العلماء للشاشي (٧/ ٦٧)، والإشراف لابن المنذر (٣/ ١٥٣).
(٥) انظر: الجامع لمسائل المدونة لأبي بكر الصقلي (١٠/٧٠٦)، بداية المجتهد لابن رشد (٢/١٧٦).
(٦) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٦٦)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٧/ ٦٨).
(٧) سبق تخريجه من حديث ابن عمر، أما من حديث أبي هريرة فقد أخرجه الترمذي (٣/ ١٦٠، برقم ١٥٣٢) والنسائي (٧/ ٣٠، برقم٣٨٥٥)، وابن ماجه (١/ ٦٨٠، برقم ٢١٠٤).
(٨) أي النفاق أمارة النفاق، وفيه حديث «آية المنافق ثلاث: إذا حدَّث كذب، وإذا وعدَ أخلف، وإذا أُؤتمن خان» أخرجه البخاري (١/ ١٦، برقم٣٣) ومسلم (١/٧٨، برقم ٥٩).

وَإِنَّهُ إِعدَامٌ قَبلَ الشَّرطِ، وَالشَّرطُ لَا يُعلَمُ هَاهُنَا فَيَكُونُ إِعدَامًا مِن الأَصلِ، ....

قوله: (**وإنه**)؛ أي قوله: إن شاء الله (**إعدامٌ**) أي: يعدم العلّية (**قبل**) وجود (**الشرط، والشرط**) هو: مشيئة الله تعالى (**لا يُعلم هاهنا**)؛ لأنا لا نطلع عليه (**فيكون إعدامًا**) للجزاء كقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يَلِجَ ٱلْجَمَلُ فِى سَمِّ ٱلْخِيَاطِ﴾ [الأعراف٤٠]، ولأنه لو شاء الله إيقاعه أنجزَهُ ولم يعلقه بمشيئته.

وفي البسيط: لو قال: أنتِ طالق إن صعدتِ إلى السماء أو طرتِ أو أحييتِ ميتًا؛ فالوجه: القطع بأنه لا يقع؛ فالمقصود به الإعدام والنفي[(١)].

وفي الروضة: إن شاء الحمار، كصعود السماء. ولو قال: إن شاء الله، لم يقع[(٢)].

وفي المغني: في الكل وجهان يعني في المستحيل العقلي والعادي، وقيل في العقلي؛ يقع في الحال، وفي العادي كالطيران وصعود السماء؛ لا يقع[(٣)].

وفي المحيط: الاستثناء على قسمين: استثناء تعطيل واستثناء تحصيل.

فالأول التعليق بمشيئة أو بعدمها؛ نحو: إن شاء الله أو لم يشأ الله، أو ما شاء الله أو ما لم يشأ الله، أو فيما شاء الله، أو إلا أن يشاء الله؛ لم يقع شيءٌ في الكل؛ لأنه لا يُوقف على ذلك فيكون إعدامًا.

وفيه لو قال: أنت طالق واحدة إن شاء الله، وثنتين إن لم يشأ الله؛ لم يقع شيء؛ لأن الأول ألحقه الاستثناء فلم يقع، والثاني باطل؛ لأنه لو وقع الطلاق لشاء الله؛ لأن أفعال العباد كلها بمشيئة الله فقد عُدمَ الشرط فلم يقع فكان في تصحيحه إبطاله.

ولو قال: أنتِ طالق واحدة اليوم إن شاء الله، وإن لم يشأ الله فثنتين، فمضى اليوم ولم يطلقها؛ وقع ثنتان[(٤)].

واتفق السلف والطوائف الأربع على تسميته: استثناء؛ لأنه يصرف الكلام

---

(١) البسيط للغزالي (ص٩٢٨).
(٢) روضة الطالبين للنووي (٨/ ١٥٨).
(٣) المغني لابن قدامة (٧/ ٤٦٨).
(٤) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٢٨٣).

وَلِهَذَا يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ مُتَّصِلًا بِهِ بِمَنزِلَةِ سَائِرِ الشُّرُوطِ (وَلَو سَكَتَ يَثْبُتُ حُكمُ الكَلَامِ

عن الصدر، فعلى هذا لا تمتنع تسمية سائر الشروط استثناء لكن لم يسمع، وكذا التعليق بمشيئة الملائكة والجن والشيطان، أو الحائط أو الحمار وما أشبه ذلك؛ لأنه لا يعرف وجُودَها فيكون إعدامًا. واختلفت المالكية في ذلك في الجواهر[١].

بخلاف قوله: أنتِ طالق كيف شاء الله؛ حيث لا تطلق. ذكره في المحيط ولم يحكِ فيه خلافا[٢].

واختلفت الشافعية في قوله: إلا أن يشاء الله[٣].

وفي المغني: قال: أنتِ طالق لتدخلي الدار إن شاء الله أو لا تدخلي الدار إن شاء الله؛ لا تطلق فيهما دخلت الدار أم لا؛ قالوا: إن دخلَتْ فقد فعلَت المحلوف عليه، وإن لم تدخل علمنا أن الله تعالى لم يشأه؛ لأنه لو شاءه الله لوُجِد[٤].

قلنا: قوله "أنت طالق" تنجيز، ولا تعلق له بدخول الدار ولا بعدمه، وخلافه بعيد، ورووا ذلك عن قتادة، وكيف تقلد الحنابلة له، والمختار في ذلك أنه لا يجوز تقليدُه فيه ولا في غيره.

قوله: (ولهذا يشترط)؛ أي: ولأن في الاستثناء معنى الشرط؛ يشترط الاتصال. وعليه جمهور العلماء والأئمة الأربعة.

ومنهم من جوَّز الاستثناء ما لم يقم عن المجلس، وبه قال: البصري وطاووس، وعن ابن عباس جوازه إلى سنة، وعنه جوازه أبدًا، وقال سعيد بن جبير: بعد أربعة أشهر، وقال قتادة: بعد سنتين[٥]. والمسألة مستقصاة في

(١) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٥٣٣).
(٢) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ١٣٦).
(٣) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ٢٦٠)، التنبيه للشيرازي (صـ ١٧٦).
(٤) المغني لابن قدامة (٧/ ٤٦٧).
(٥) انظر: الاستذكار لابن عبدالبر (٥/ ١٩٤)، والإشراف لابن المنذر (٧/ ١٢١)، والمحلَّى بالآثار (٦/ ٣٠٣).

الأَوَّلِ) فَيَكُونُ الِاستِثنَاءُ أَو ذِكرُ الشَّرطِ بَعدَهُ رُجُوعًا عَنِ الأَوَّلِ. قَالَ ﵁: (وَكَذَا إِذَا مَاتَت قَبلَ قَولِهِ: إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى) لِأَنَّ بِالِاستِثنَاءِ خَرَجَ الكَلَامُ مِن أَن يَكُونَ إِيجَابًا، وَالمَوتُ يُنَافِي المُوجِبَ دُونَ المُبطِلِ، ....

الأصول مع دلائلها(١).

ولو سكت قدر ما تنفس أو عطس أو تجشأ أو في لسانه ثقل، وطال في تردده وقال: إن شاء الله؛ صح استثناؤه.

ولو جرى على لسانه إن شاء الله من غير قصد؛ لا يقع طلاقه؛ لأن الاستثناء وُجِد حقيقة، وهو صريح في بابه؛ فلا يفتقر إلى النية. وفيه خلاف الشافعية في الحاوي(٢).

لو قال: أنت طالق فجرى على لسانه إن شاء الله بلا قصد، وقصده الإيقاع؛ قال شداد: لا يقع الاستثناء، وقال خلف: يقع.

قال شداد: رأيت أبا يوسف في المنام [٤٤٩/أ] فسألته؛ [فقال](٣) لا يقع، فقلت: لِمَ؟ قال: أرأيت لو قال: أنتِ طالق فجرى على لسانه أو غير طالق فكان يقع؟ قلت: لا، قال: كذا هذا(٤).

وفي نوازل أبي الليث: لو قال: إن دخلتُ الدار فلله عليَّ أن أتصدق بمائة مثلًا، قال: هذا قريب من الاستثناء؛ لأن من الأمثال ما ليس له حقيقة، ولأن المثل تشبيه ولا يكون في التشبيه إيجاب المال قال: وبه نأخذ إلا أن يريد الإيجاب على نفسه(٥).

قوله: (وكذا إذا ماتت) معطوف على قوله: لم يقع.

(والموت ينافي الموجب) وهو: أنت طالق.

(دون المُبطل) وهو: الاستثناء. وهذا جواب سؤالٍ مقدر وهو أن يقال:

---

(١) انظر: كشف الأسرار لعبدالعزيز البخاري (٣/ ١١٧).
(٢) انظر: المهذب للشيرازي (٣/ ٢٠)، البيان للعمراني (١٠/ ١٣٢).
(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) انظر: عيون المسائل للسمرقندي (ص ٤٨٢)، وتبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٤٢).
(٥) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ١٤٠).

بِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتَ الزَّوجُ، لِأَنَّهُ لَم يَتَّصِل بِهِ الِاستِثنَاءُ ....

الموت ينافي قوله: أنت طالق حتى لا يقع الطلاق بعد موتها فينبغي أن يكون منافيًا للاستثناء وهو المبطل؛ فحينئذٍ يقع الطلاق.

فأجاب عنه بقوله: (**الموت ينافي الموجب**)[1] فكان مبطلًا لهُ، كما أن الاستثناء مبطل له؛ فيتناسبان من حيث الإبطال؛ فلم يبطل ولا يقع الطلاق لصحة الاستثناء.

(**بخلاف ما إذا مات الزوج**)؛ أي: بعد قوله: أنت طالق، وقيل قوله: إن شاء الله، وهو يريد الاستثناء؛ حيث يقع الطلاق، وتعلم إرادته بقوله لغيره: أطلق امرأتي واستثنى.

وفي المحيط على قياس ما قال في النوازل فيمن حلف وأراد أن يستثني فسدَّ إنسان فمه؛ أنه يكون استثناء؛ تأويله إذا ذكر الاستثناء بعد رفع اليد عن فمه متصلًا.

وقد وجد في رواية هشام أنه قال: سألتُ محمدًا عمَّن قال لها: أنتِ طالق ثلاثًا وهو يريد أن يستثني فأمسكَتْ فمه وحالَتْ بينه وبين الاستثناء؛ قال: يلزمه الطلاق قضاء وديانة[2].

وفي المحيط: لو قال: أنتِ طالق ثلاثًا وثلاثًا إن شاء الله أو قال: ثلاثًا وواحدة إن شاء الله، أو قال: أنتِ طالق وطالق وطالق إن شاء الله طلقت ثلاثًا عند أبي حنيفة ولم يصح الاستثناء وعندهما يصح الاستثناء[3]. وعلى هذا لو قال لعبده: أنتَ حرٌّ وحرٌّ إن شاء الله.

وفي الجامع لو قال لعبده: أنتَ حرٌّ إن شاء الله لدارٍ إن دخَلَها إن دخلتِها فأنتِ طالق يتعلق استحسانًا قال الكرخي: ينبغي أن لا يتعلق على قوله؛ لأن الثاني لغو كقوله: حُر وَحُر، وجوابه أنه تأكيد بخلاف قوله حر وحر؛ لأن التأكيد لا يكون بالواو، ونظيره حرٌّ حُرْ إن شاء الله، فإنه لا يعتق ويصح

---

(١) النظر المتن ص ٢٤٩.
(٢) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٢٨٧).
(٣) انظر: المرجع السابق.

(وَإِن قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا وَاحِدَة طَلُقَت ثِنتَينِ، وَإِن قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا ثِنتَينِ طَلُقَت وَاحِدَة) وَالأَصلُ: أَنَّ الِاستِثنَاءَ تَكَلُّمٌ بِالحَاصِلِ بَعدَ الثُّنيَا ....

الاستثناء، ولا رواية عن أبي حنيفة في هذا فيمنع على الدار الواحدة، وأجمعوا أن اللغو والسكوت لا يمنعان العطف ما دام في المجلس. كذا في الذخيرة(١).

والفرق: أن العطف غير مُغيِّر بل هو مقرر، بخلاف الشرط والاستثناء.

ولو قال: أنتِ طالق واحدة وثلاثًا إن شاء الله؛ صح الاستثناء. بلا خلاف بين الأصحاب؛ لأن الكلام الثاني يتعلق به حكم وهو تكميل الأول؛ فلم يكن لغوًا.

وفي الذخيرة والزيادات: ولو قال: أنت ثلاثًا بوائن، أو ثلاثًا ألبتة إن شاء الله؛ لا يصح الاستثناء في ظاهر الرواية؛ لأن البائن والبتة مع الثلاث لغوٌ.

وعن محمد لا يصير فاصلًا.

ولو قال: أنت طالق بائن أو ألبتة إن شاء الله؛ يصح الاستثناء؛ لأن طالقًا يحتمل البائن أو البتة وغيره؛ فلم يكن لغوًا(٢).

قوله: (أنت طالق ثلاثًا إلا واحدة) إلى آخره، لا خلاف فيه للأئمة الأربعة إلا ما نقل عن أبي بكر من الحنابلة أنه قال: الاستثناء لا يؤثر في عدد الطلاق الثلاث، وزعم أن الطلاق لا يرفع بعد وقوعه(٣).

وقلنا: إن الاستثناء إما إخراج أو تكلم بالباقي كما يجيء الآن، فعلى كِلا التقديرين لا يقع المستثنى.

وعن أبي يوسف في **قوله: (إلا ثنتين)**؛ لا يصح هذا الاستثناء؛ لأنه استثناء الأكثر؛ فتقع الثلاث.

قوله: (تَكَلُّمٌ بِالحَاصِلِ بَعْدَ الثُّنْيَا) ومعنى أنه تكلم بالمستثنى منه بعد صرف الكلام عن المستثنى. هكذا ذكره محمد في كتاب الإكراه.

---

(١) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ١٣٢).
(٢) الذخيرة البرهانية لابن مازة (٤/٢١٦).
(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤١٩)، والمحرر في الفقه للمجد ابن تيمية (٢/ ٥٩).

هُوَ الصَّحِيحُ، وَمَعنَاهُ: أَنَّهُ تَكَلَّمَ بِالْمُستَثنَى مِنهُ، إذ لَا فَرقَ بَينَ قَولِ القَائِلِ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ دِرهَمٌ، وَبَينَ قَولِهِ: عَشَرَةٌ إِلَّا تِسعَة، فَيَصِحُّ استِثنَاءُ البَعضِ مِن الجُملَةِ، لِأَنَّهُ

وفي المحيط: الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا. وكذا في المبسوط(١).

قوله: (وهو الصحيح) احتراز عما قال البعض: إنه إخراجٌ وفيه معنى المعارضة.

وفي المحصول: أن الاستثناء مع المستثنى كالكلمة الواحدة؛ لعدم استقلاله بنفسه(٢).

وقيل: هو القاضي من الشافعية(٣).

وفي شرح المحصول للقرافي(٤): إخراج ما لولاه لظنَّ دخوله تحت الصدر(٥).

وفي مقدمة الأصول لعبد الوهاب [من](٦) المالكية: وضع الاستثناء إخراج ما لولاه لانتظمه، وذكر الإخراج باعتبار الصلاحية في الدخول تحت الصدر(٧).

وفي المغني لابن قدامة الحنبلي: إنما هو مبين أن المستثنى غير مراد بالكلام، فهو يمنع أن يدخل [فيه](٨) ما لولاه لدخل(٩). [٤٤٩/ب]

وفي الميزان: لو لم [يكن](١٠) الاستثناء بيانًا؛ لأدّى إلى التناسخ في

---

(١) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٢٨٩)، تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٥/ ١٣).
(٢) المحصول للرازي (٣/ ١٠).
(٣) انظر: التحقيق والبيان في شرح البرهان للأبياري (٢/ ١٣٩)، الفائق في أصول الفقه للأرموي (١/ ٣٠٨).
(٤) في الأصول: (للعراقي) وما أثبتناه موافق للمطبوع حيث لم أجد شرحا للعراقي؛ خاصة وأن الكاكي قبل العراقي.
(٥) نفائس الأصول في شرح المحصول للقرافي (٢/ ٥١٣)، ولفظة (الصدر) ذكرت في الكتاب (اللفظ).
(٦) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٧) انظر: البحر المحيط للزركشي(٤/ ٤٠١) ولفظة (الصدر) ذكرت في الكتاب (اللفظ) كسابقتها.
(٨) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٩) المغني لابن قدامة (٧/ ٤١٩).
(١٠) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

يَبقَى التَّكَلُّمُ بِالبَعضِ بَعدَهُ، وَلَا يَصِحُّ استِثنَاءُ الكُلِّ مِن الكُلِّ، لِأَنَّهُ لَا يَبقَى بَعدَهُ

الكلام؛ فيؤدي إلى التناقض في كلامه تعالى؛ فتبيَّن أن صدر الكلام لم يتناول المستثنى مع الاستثناء كالتخصيص المقارن فبقي تكلمًا بالحاصل(١). وهذا البحث مستقصاهُ في الأصول.

قوله: (ولا يصح استثناء الكل من الكل) في مسألة الاستثناء اضطرابٌ كثيرٌ بين الفقهاء والنحاة؛ ذكر ابن طلحة في مختصره المعروف بالمدخل قولين في جواز استثناء الكل من الكل(٢).

وقال الآمدي: منع بعض أهل اللغة استثناء العقد لا يقال له: عليَّ مائة إلا عشرة بل إلا خمسة(٣).

وذهب النحاة من أهل الكوفة والبصرة إلى أن استثناء الأكثر لا يجوز، واختلفوا في جواز استثناء النصف(٤)، ومعهم ابن حنبل فيهما(٥)، وذهب إلى ذلك بعض المالكية(٦).

وعن أبي يوسف وهو قول الفَرّاء لا يجوز استثناء الأكثر من الأقل، وصوابُه من الكل. ذكره في الميزان(٧).

وزعموا أنه لا يوجدُ في كلام العرب(٨)؛ فحينئذٍ لم يصح عندهما: أنتِ طالق ثلاثًا إلا ثنتين؛ لأنه استثناء الأكثر.

قلنا: إنه تكلم بالحاصل بعد الثنيا، وهو مذهب جمهور الفقهاء؛ ألا ترى أن العرب ما قالوا في موضع: لفلان عليَّ مائة إلا ربع وسدس وسائر الكسور؛

---

(١) ميزان الأصول في نتائج العقول للسمرقندي (١/ ٣١٧).
(٢) شرح تنقيح الفصول للقرافي (ص ٢٤٦)، القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام (صـ ٣٢٧).
(٣) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٢/ ٢٩٧).
(٤) انظر: اللباب في علل البناء والإعراب للعكبري (١/ ٣١٣)، والجنى الداني في حروف المعاني للمرادي (ص ٥١٢).
(٥) انظر: الهداية للكلوذاني (ص ٦٠٦)، والمغني لابن قدامة (٥/ ١٣٠).
(٦) انظر: شرح التلقين للمازري (٣/ ٢/ ٤٦)، والذخيرة للقرافي (١/ ٩٧).
(٧) ميزان الأصول في نتائج العقول للسمرقندي (١/ ٣١٥).
(٨) انظر: كشف الأسرار شرح أصول البزدوي (٣/ ١٢٢).

شَيءٌ لِيَصِيرَ مُتَكَلِّمًا بِهِ وَصَارِفًا لِلَّفظِ إِلَيهِ، وَإِنَّمَا يَصِحُّ الِاستِثنَاءُ إِذَا كَانَ مَوصُولًا بِهِ كَمَا ذَكَرنَا مِن قَبلُ، وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا فَفِي الفَصلِ الأَوَّلِ: المُستَثنَى مِنهُ ثِنتَانِ فَيَقَعَانِ، وَفِي الثَّانِي: وَاحِدَةٌ، فَتَقَعُ وَاحِدَةٌ، وَلَو قَالَ: إِلَّا ثَلَاثًا يَقَعُ الثَّلَاثُ، ....

مع أنه صحيح للعامة [في][1] قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنِ ٱتَّبَعَكَ مِنَ ٱلْغَاوِينَ﴾ [الحجر٤٢]؛ فإن الغاوين أكثر عباده؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَآ أَكْثَرُ ٱلنَّاسِ وَلَوْ حَرَصْتَ بِمُؤْمِنِينَ ﴿١٠٣﴾﴾ [يوسف ١٠٣]. وقوله تعالى: ﴿وَقَلِيلٌ مِّنْ عِبَادِيَ ٱلشَّكُورُ﴾ [سبأ ١٣].

أجاب النحويون عن ذلك[2]: هذا استثناء منقطع؛ لأن الإضافة لتشريف المضاف؛ فلم يدخل الغاوون [إذ الغاوون][3] أقل من العباد؛ لأن العباد تتناول الملائكة، والغاوون أقل من الملائكة؛ لما جاء في الحديث: «الملائكة [يطوفون][4] بالمحشر سبعة أدوار» وذلك أعظم ممن في المحشر، ولقوله عليه الصلاة السلام: «**ما في السَّماءِ موضعُ شبرٍ إلا وفيهِ مَلَكٌ يُسبِّح الله تعالى**»[5].

ولأن الاستثناء تكلم بالباقي أو إخراج؛ فيجوز في الأكثر والأقل، والمانع إما قبحه أو قلة استعماله أو عدمه، وذلك لا يؤثر؛ لأن الكلام في الصحة لا في الحُسن والقبح[6].

وزعم بعض أصحابنا: أن الاستثناء رجوع، والرجوع باطل، فكذلك لم يصح استثناء الكل من الكل. وهذا وهمٌ منهم؛ لما أنه أبطل استثناء الكل في الوصية، [مع أن الوصية][7] تقبل الرجوع؛ فعلم أن الصحيح ما قلنا[8].

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) انظر: نفائس الأصول للقرافي (٥/ ٢٠٠٣)، والبحر المحيط للزركشي (٤/ ٣٨٨).
(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٥) أخرجه الترمذي (٤/ ١٣٤، برقم ٢٣١٢) وقال: حسن غريب، وابن ماجه (٢/ ١٤٠٢، برقم ٤١٩٠)، والحاكم (٢/ ٥٥٤، برقم ٣٨٨٣) وصححه، من حديث أبي ذر مرفوعا، بلفظ «أَطَّتِ السَّماءُ وحُقَّ لهَا أنْ تئطَّ؛ مَا فيهَا مَوضع قدرِ أربع أصابعَ إلا مَلَكٌ واضعٌ جبهتَهُ سَاجدًا للَّهِ».
(٦) انظر: كشف الأسرار لعبدالعزيز البخاري (٣/ ١٢٢)، والتقرير والتحبير لابن أمير حاج (١/ ٢٦٧).
(٧) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٨) انظر: المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ٩٢)، وبدائع الصنائع للكاساني (٣/ ١٥٥).

لِأَنَّهُ اسْتِثْنَاءُ الكُلِّ مِن الكُلِّ فَلَم يَصِحَّ الِاستِثْنَاءُ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

ثم اعلم أن استثناء الكل من الكل إنما لم يصح لفظًا بأن قال: أنت طالق ثلاثًا إلا ثلثًا أما حالًا وحكمًا يصح. ذكره في المبسوط وقاضي خان وزيادات المصنف[١].

وفي البقالي: لو قال: كل امرأة لي طالق إلا هذه، وليس له غيرها؛ لم تطلق[٢].

كما لو قال: نسائي طوالق إلا زينب وعمرة وفاطمة وحفصة؛ لا تطلق واحدة منهن[٣].

ولو قال: أنت طالق ثلاثًا إلا نصف تطليقة -لم يذكر في الكتاب- كم يقع؟

قيل: على قول أبي يوسف: تطلق ثنتين؛ لأن التطليقة لا تتجزأ لا في الإيقاع ولا في الاستثناء، فصار كأنه [قال][٤] إلا واحدة.

وعند محمد: تطلق ثلاثًا؛ لأنه إنما لم يتجزأ في الإيقاع لمعنى في الْمُوقِعِ، وذا لا يوجد في الاستثناء؛ فيتجزأ فيه، وإذا كان المستثنى نصفٌ؛ صار كلامه عبارة عن تطليقتين ونصف؛ فتطلق ثلاثًا[٥]، وبقول محمد قال: الشافعي[٦]، ومالك[٧]، وأحمد[٨].

وعلى هذا الخلاف لو قال: أنتِ طالق واحدة ونصفًا إلا واحدة [ونصفا][٩]، فعلى قول أبي يوسف؛ تطلق ثِنتان وهو رواية عن محمد -ذكرهُ في

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (٦/ ٩٢)، وتبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٤٥).
(٢) انظر: فتاوى قاضي خان (١/ ٢٣٧)، والمحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٢٩١).
(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ١٥٦)، والمحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٢٩١).
(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٥) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٩٢)، والمحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٢٩١).
(٦) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ١٩٠)، والتنبيه للشيرازي (صـ ١٧٦).
(٧) انظر: الجامع لمسائل المدونة لأبي بكر الصقلي (١٠/ ٦٨٣)، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٥٣١).
(٨) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٢٢).
(٩) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

....

الذخيرة-، وعن محمد: تقع واحدة[1].

وفي البدائع: لو قال: أنتِ طالق ثلاثًا إلا واحدة [ونصفا؛ يقع ثنتان، ولم يحك خلافا[2].

وفي الذخيرة[3]: لو قال: أنتِ طالق ثلاثًا إلا واحدة وواحدة][4] وواحدة؛ بطل الاستثناء ووقع الثلاث عند أبي حنيفة. وبه قال الشافعي[5].

وعندهما: تقع ثنتان. وبه قال بعض أصحاب الشافعي[6].

وعن أبي يوسف: تقع واحدة[7].

ووجه: أن الاستثناء يقتصرُ على الأولى عند محمد، وعلى الأولى والثانية عند أبي يوسف.

ولو قال: أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا ثلاثًا؛ بطل الاستثناء.

ولو قال: أنتِ طالق ثنتين وواحدة، أو واحدة وثنتين، إلا ثنتين؛ [فهي ثلاث.

ولو قال: طالق واحدة وثنتين إلا واحدة؛ يقع ثنتان.

ولو قال: ثنتين][8] وأربعًا إلا ثلاثًا؛ تقع الثلاث وبطل الاستثناء. ذكره القدوري[9].

وفي المنتقى: أنت طالق ثلاثًا وثلاثًا إلا أربعًا؛ فهي ثلاث عند أبي

---

(١) الذخيرة البرهانية لابن مازة (٤/ ٢٢٠).
(٢) بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ١٥٦).
(٣) الذخيرة البرهانية لابن مازة (٤/ ٢١٧).
(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٥) انظر: نهاية المطلب للجويني (١٤/ ٢٠٠)، البيان للعمراني (١٠/ ١٢٦).
(٦) انظر: البيان للعمراني (١٠/ ١٢٦)، تكملة المجموع للمطيعي (١٧/ ١٤٣).
(٧) الذخيرة البرهانية لابن مازة (٤/ ٢١٧).
(٨) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٩) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٢٨٩).

....

حنيفة[١]، وبه قال الشافعي[٢]، وزفر.

وعن محمد: يصير قوله: وثلاثًا ثانيًا؛ فاصلًا لغوًا فلا يصح الاستثناء.

وعند أبي يوسف: تقع ثنتان. وهو الظاهر عن محمد.

وقال شيخ الإسلام: إنه ينوى إن قال: عنيتُ الاثنتين من الثلاث الأولى والاثنتين من الثلاث الأخيرة؛ يصح الاستثناء وإلا فلا. ولم يشترط النية الحلواني ولا في المنتقى، وحاصل مذهبنا[٣]: كأنه قال ستًّا [٤٥٠/أ] إلا أربعًا[٤].

وذكر القدوري في شرحه: لو أوقع أكثر من الثلاث ثم استثنى كان الاستثناء من جملة الكلام[٥] لا من الثلاث التي يحكم بوقوعها، مثاله: لو قال: أنت طالق عشرة إلا تسعًا؛ تقع واحدة، ولو قال: إلا ثمانيًا تقع ثنتان ولو قال: إلا سبعًا؛ تقع الثلاث[٦].

ولو [قال][٧]: نسائي طوالق إلا زينب؛ لم تطلق، وإن لم يكن له غيرها.

ولو قال: هذه طالق وهذه وهذه إلا هذه؛ بطل الاستثناء.

ولو قال: أنت طالق خمسًا إلا واحدة؛ تقع الثلاث. وعند بعض الحنابلة[٨] والشافعية[٩]؛ تقع ثنتان؛ لأنه استثناء، فيكون مما يملكه وهو الثلاث، وما زاد عليها لغو.

ومنع ابن حنبل استثناء الأكثر، وأخذ بقول النحاة فيه[١٠]، فلو قال: أنتِ

(١) انظر: عيون المسائل للسمرقندي (صـ ١١١).
(٢) انظر: حلية العلماء للشاشي (٧/ ٦٦)، روضة الطالبين للنووي (٨/ ٩٤).
(٣) في الأصل: (مذهبهما) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٤) انظر: الذخيرة البرهانية لابن مازة (٤/ ٢١٩).
(٥) في الأصول: (العدد) وما أثبتناه من المحيط والذخيرة.
(٦) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٢٩٠).
(٧) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٨) انظر: الكافي لابن قدامة (٣/ ١٢٦)، الشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة (٨/ ٣٤٩).
(٩) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ٢٥٠)، البيان للعمراني (١٠/ ١٢٧).
(١٠) انظر: الهداية للكلوذاني (ص ٤٢٦)، المغني لابن قدامة (٧/ ٤١٩).

....

طالق ثلاثًا إلا ثنتين إلا واحدة؛ صح الاستثناء وتقع واحدة[١]. فقد جوَّز استثناء الثنتين من الثلاث وترك أصله.

وله أن يجيب عنه: بأن الاستثناء يخرجه عن الأكثرية معنى؛ فيصح. وعندنا: تقع ثنتان. كذا ذكره في المحيط[٢].

وفيه: لو قال: أنتِ طالق ثلاثًا إلا واحدة وواحدة وواحدة، أو قال: ثلاثًا إلا ثنتين وواحدة؛ وقع الثلاث؛ لأنه استثناء الكل من الكل[٣]. وفيهما خلاف زفر.

ولو قال: ثلاثًا إلا واحدة أو ثنتين ومات قبل البيان؛ طلقت ثنتان في رواية ابن سماعة عن أبي يوسف، وفي رواية عنه تقع ثنتان.

قيل: هذه الرواية تناسب أصل أبي يوسف؛ لأن الاستثناء: إخراج بعض من كل عنده فلا يخرج إلا المتيقن[٤]. ويناسب الأول قول محمد؛ لأنه تكلم بالحاصل بعد الثنيا أو الاستثناء ما لولاه لدخل فوقع الشك في دخوله.

ونظيره ما لو قال: عليَّ ألف إلا مائة أو خمسين، فعند أبي يوسف: يلزمه تسعمائة وخمسون؛ لوقوع الشك في إخراج مائة أو خمسين فلا يخرج إلا المحقق وهو خمسون.

وعند محمد: تكلم بالحاصل بعد الثنيا؛ فوقع الشك في الباقي فلا يلزمه إلا المتيقن وهو تسعمائة، ومذهب محمد رواية أبي حفص، وهو الصحيح، ومذهب أبي يوسف رواية أبي سليمان. كذا في جامع الأخلاطي[٥].

ثم اعلم أنه كما يصح الاستثناء من الأصل يصح من المستثنى؛ قال تعالى: ﴿إِلَّآ ءَالَ لُوطٍ إِنَّا لَمُنَجُّوهُمْ أَجْمَعِينَ ۝٥٩ إِلَّا ٱمْرَأَتَهُۥ﴾ [الحجر ٥٩-٦٠] هذا إذا كان

---

(١) في أحد الوجهين بناء على استثناء النصف. انظر: الكافي لابن قدامة (٣/ ١٢٦).
(٢) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٢٩١).
(٣) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٢٨٩).
(٤) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ١٤٤).
(٥) انظر: لسان الحكام لابن الشِّحْنَة (ص ٢٧١).

....

المستثنى الباقي بغير واو.

[وأما][١] إذا كان بالواو؛ فالكل من الأصل، فإذا قال: أنتِ طالق ثلاثًا إلا واحدة وواحدة؛ تقع واحدة، وكذا إذا قال: إلا واحدة وإلا واحدة.

وأما لو قال: إلا واحدة إلا واحدة؛ تقع ثنتان وبطل الاستثناء الأخير؛ لأنه من غير تعدد.

وقيل: طريق آخر: تأخذ بيمينك ثلاثًا وثنتين بيسارك، وواحدة بيمينك؛ فتكون بيمينك [أربعا][٢] فتسقط منها ما بيسارك وهو ثنتان؛ فتبقى ثنتان. وهو الواقع.

وعلى هذا مسألة مشهورة لو قال: عليَّ عشرة إلا تسعة إلا ثمانية إلا سبعة إلا ستة إلا خمسة إلا أربعة إلا ثلاثة إلا ثنتين إلا واحدة؛ يلزمه خمسة[٣]؛ وكذا لو قال: له عشرة إلا تسعة إلى آخرها؛ يلزمه خمسة.

وعلى هذا: له عليَّ مائة إلا تسعين، إلا ثمانين، إلا عشرة؛ يلزمه خمسون.

وفي المحيط وغيره: سمي الاستثناء بإلا وأخواتها استثناء التحصيل، وبمشيئة الله استثناء التعطيل[٤].

وفي المحيط: الأمر لا يرفعه الاستثناء، وفي الجامع ما يدل على رفعه[٥].

وفي الذخيرة: مريض قال لورثته: أعتقوا عبدي فلانًا بعد موتي إن شاء الله؛ صحَّ الإيصاء وبطل الاستثناء[٦].

ولو قال: هو حرٌّ إن شاء الله بطل الإيجاب استحسانًا، وبه أخذ محمد.

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٣) فالمثبتات: عشرة وثمانية وستة وأربعة واثنان فالمجموع ثلاثون، والمنفيات: تسعة وسبعة وخمسة وثلاثة وواحد فالمجموع خمسة وعشرون؛ فإذا أسقطت المنفيات من المثبتات يبقى خمسة وهو الجواب. لسان الحكام لابن الشِّحْنَة (ص ٢٧٢).

(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ١٥٤)، الجوهرة النيرة للزَّبِيدِيّ (١/ ٢٥١).

(٥) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٢٨٢)، الذخيرة البرهانية لابن مازة (٤/ ٢١٠).

(٦) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٢٨٢).

بَابُ طَلَاقِ المَرِيضِ

(وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امرَأَتَهُ فِي مَرَضِ مَوتِهِ طَلَاقًا بَائِنًا فَمَاتَ وَهِيَ فِي العِدَّةِ وَرِثَتهُ، وَإِن مَاتَ بَعدَ انقِضَاءِ العِدَّةِ فَلَا مِيرَاثَ لَهَا) ....

والحاصل أن الاستثناء في الأمر باطل حتى لو قال لغيره: بِع عبدي إن شاء الله؛ كان الاستثناء باطلًا، وللمأمور بيعه وفي الإيجاب صحيح.

والفرق: أن الإيجاب يقع ملزمًا؛ فيحتاج إلى إبطاله بالاستثناء، والأمر لا يقع ملزمًا؛ لقدرته على عزله فلا حاجة إلى الاستثناء.

وفي المنتقى: لو قال: أنت طالق ثلاثًا إلا ما شاء الله تطلق واحدة، ويكون الاستثناء للأكثر، وعن أبي يوسف: لا يقع أصلًا. ذكره في الذخيرة محالًا إلى الحلواني(١).

وكأن يقول: لو دخل على ما يختصُ باللسان كالطلاق والعتاق والبيع؛ يرفع حكمه، ولو دخل على ما لا يختص كالصوم؛ لا يرفعه، فلو قال: نويت أن أصوم غدًا إن شاء الله؛ يجوز أداؤه بتلك النية(٢).

لو قال: أنت طالق رجعي إن شاء الله؛ يقع.

ولو قال: رجعيًّا أو بائنًا إن شاء الله، ينوي فإن عنى الرجعي؛ لا يقع، وإن عنى البائن؛ يقع ولا يعمل الاستثناء، والله أعلم.

باب طلاق المريض

[٤٥٠/ب] لما فرغ من بيان الطلاق الصحيح بأنواعه سنيًّا وبدعيًّا، وتنجيزًا وتعليقًا، وكناية وصريحًا، وكلًّا وجزءًا؛ شرع في بيان طلاق المريض؛ إذِ المرض من العوارض.

قوله: (في مرض موته)؛ لأنه إذا صحَّ من ذلك المرض لم يكن له حكم مرض الموت.

وقيد بالإبانة: سواء كان بالثلاث أو غيره؛ لأن في الرجعية إذا مات وهي

---

(١) الذخيرة البرهانية لابن مازة (٤/ ٢١١).

(٢) الذخيرة البرهانية لابن مازة (٤/ ٢١١).

....

في العدة؛ ترث عندنا. خلافًا للشافعي[١]؛ لكن لا باعتبار الفرار بل باعتبار أن حكم النكاح باق من كل وجه.

وقيد في العدة؛ لأن بعدها لا ترث عندنا والشافعي في قول إذا لم تتزوج بآخر[٢]، وعند مالك ترث بعد ما تزوجت بزوج آخر[٣].

وقيد بغير الرضا؛ لأن برضاها لا ترث.

قيل: في طلاق المريض لأهل العلم أربعة عشر قولًا:

الأول: عن عثمان أنه لا يقع[٤].

قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم أن في طلاق[٥] يملك الرجعة بعد الدخول سواء كان الزوج صحيحًا أو مريضًا لو مات في العدة؛ يتوارثان.

وأجمعوا أنه لو طلقها في الصحة في كل طُهر تطليقة ثم مات أحدهما؛ لَا ميراث للحي من الميت[٦].

وافترقوا فيمن طلقها بعد الدخول ثم مات من مرضه[٧].

والقول الثاني: يقع وترثه بشرط قيام العدة، وهو مذهبنا. وهو قول: عمر وابنه، وابن مسعود، وأُبَيّ بن كعب، وعائشة، والمغيرة، والنخعي، وابن سيرين، وعروة، والشعبي، وشريح، وربيعة بن أبي عبد الرحمن، وطاووس، والأوزاعي، وابن شبرمة، والليث بن سعد، وسفيان الثوري، وحماد بن أبي

---

(١) فإن كان الطلاق رجعيا، فمات وهي في العدة، أو ماتت قبله في العدة؛ ورث أحدهما صاحبه بلا خلاف. البيان للعمراني (٩/ ٢٥)، منهاج الطالبين للنووي (٢٣٣).

(٢) انظر: التهذيب للبغوي (٦/ ١٠٢)، والعزيز شرح الوجيز للرافعي (٨/ ٥٨٣).

(٣) انظر: الكافي لابن عبدالبر (٢/ ٥٨٥)، التبصرة للخمي (٦/ ٢٦٧٩).

(٤) انظر: المحلّى بالآثار (٩/ ٤٨٧).

(٥) هكذا بالنسخ، وبالإشراف: أن من طلق زوجته مدخولاً بها.

(٦) الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٥/ ٢٢٠).

(٧) انظر الأقوال في: مصنف عبد الرزاق الصنعاني (٧/ ٦١) وما بعدها، ومصنف ابن أبي شيبة (٤/ ١٧١) وما بعدها، والإشراف لابن المنذر (٥/ ٢٢٠) ومابعدها، ومختصر اختلاف العلماء (٢/ ٤٣٢) للطحاوي، والمحلّى لابن حزم (٩/ ٤٨٦) ومابعدها، والاستذكار لابن عبدالبر (٦/ ١١٢) ومابعدها.

....

سليمان، والحارث العكلي.

والقول الثالث: ترثه بعد العدة ما لم تتزوج بآخر. وهو قول: ابن أبي ليلى، وابن حنبل[١]، وإسحاق، وأبي عبيد.

والقول الرابع: ترثه وإن تزوجت بعشرة. وهو قول مالك[٢]، والليث في رواية.

والخامس: ترثه ويرثها. وهو قول الحسن بن أبي الحسن البصري.

والسادس: إن صح منه ومات من مرض آخر؛ لا ترثه عندنا. وقال زفر وأحمد[٣] والزهري والثوري والأوزاعي وإسحاق بن راهويه: ترثه إذا مات قبل انقضاء العدة.

والسابع: يتوارثان إذا كان بها حمل، أو قصد المضارَّة. وهو قول عروة ابن الزبير.

والثامن: ترثه وتنتقل عدتها إلى عدة الوفاة ما لم تنكح. وهو قول الشعبي.

والتاسع: تعتد بأبعد الأجلين على ما يأتي. وهو قول أبي حنيفة ومحمد.

والعاشر: ترثه قبل الدخول ولها نصف المهر[٤] ولا عدة عليها. وبه قال: مالك[٥]، ومجاهد.

والحادي عشر: لها الميراث وجميع الصداق قبل الدخول وعليها العدة. وبه قال أحمد[٦]، وإسحاق، وأبو عبيد.

---

(١) انظر: الهداية للكلوذاني (ص٤٦١)، والشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة (٧/ ١٨٢).

(٢) انظر: التهذيب في اختصار المدونة للبراذعي (٢/ ٣٦٢)، والمعونة للقاضي عبدالوهاب (ص ٧٨٩).

(٣) انظر: الهداية للكلوذاني (ص٤٦١)، المغني لابن قدامة (٦/ ٣٩٦).

(٤) في النسخ: (ولها نصف الميراث).

(٥) انظر: المدونة لابن القاسم (٢/ ٨٦)، الكافي لابن عبدالبر (٢/ ٥٨٤).

(٦) فيها أربع روايات. انظر: المغني لابن قدامة (٦/ ٣٩٦)، الشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة (٧/ ١٨٣).

....

والثاني عشر: لو خيرها فطلقت ثلاثًا أو اختلعت منه، أو حلف بطلاقها على دخولها الدار وهو صحيح عند الحلف ومن نصّ على الدخول، أو علق طلاقها ثلاثًا بقدوم فلان في الصحة وقدم فلان في مرضه فوقع الثلاث؛ لا ترثه عندنا. وعند مالك ترثه في الكل(١).

والثالث عشر: يجب الصداق لها كاملًا ولا ميراث ولا عدة. وبه قال: جابر بن زيد.

والرابع عشر: لا ترثه أصلًا قبل الدخول وبعده. وهو قول: الظاهرية(٢)، وأبي ثور، وابن المنذر، والشافعي في الجديد(٣).

وفي القديم: [الزوج](٤) فار، والميراث إلى متى؟ فيه ثلاثة أقوال(٥):

أحدها: قولنا. والثاني: قول أحمد(٦)، والثالث: قول مالك(٧). ذكره في المبسوط(٨).

وفي النهاية هاهنا قيد آخر يجب ذكره ولم يُذكر في أصل الباب، وهو: أن المرأة إذا أبانت نفسها في مرضها بالارتداد؛ يثبت حكم الفرار في حقها فيرثها زوجها؛ لأنها قصدت إبطال حقه بالارتداد فتكون فارّة عن ميراثه فيرد عليها كما في جانب الزوج.

---

(١) انظر: المدونة لابن القاسم (٢/ ٢٥٤) (٢/ ٤١٠)، التبصرة للخمي (٦/ ٢٥٥٤) (٦/ ٢٦٨٢).
(٢) المحلى لابن حزم (٩/ ٤٨٦).
(٣) انظر: التهذيب للبغوي (٦/ ١٠٢)، والعزيز شرح الوجيز للرافعي (٨/ ٥٨٣).
(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من البناية (٥/ ٤٤٠).
(٥) وهي: أحدها: ما لم تنقَضِ عدتها، فإن مات بعد عدتها؛ لم ترثه. والثاني: ترثه؛ ما لم تنكح زوجاً آخر. والثالث: ترثه أبداً، وإن نكحت زوجاً آخر. التهذيب للبغوي (٦/ ١٠٢)، والعزيز شرح الوجيز للرافعي (٨/ ٥٨٣).
(٦) انظر: الهداية للكلوذاني (ص٤٦١)، والشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة (٧/ ١٨٢).
(٧) انظر: التهذيب في اختصار المدونة للبراذعي (٢/ ٣٦٢)، والمعونة للقاضي عبدالوهاب (ص ٧٨٩).
(٨) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٥٥) ومابعدها.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﵀: لَا تَرِثُ فِي الوَجهَينِ، لِأَنَّ الزَّوجِيَّةَ قَد بَطَلَت بِهَذَا العَارِضِ، وَهِيَ السَّبَبُ وَلِهَذَا لَا يَرِثُهَا إِذَا مَاتَت. وَلَنَا: أَنَّ الزَّوجِيَّةَ ....

بخلاف ما لو ارتدت صحيحة؛ لأنها بانت بنفس الردة ولم تصر مشرفة على الهلاك؛ لأن المرتدة لا تقتل فلم تكن فارّة. ذكره في المبسوط[١].

قوله: (لا ترث في الوجهين)؛ أي: قبل العدة وبعدها وهو القياس؛ لانقطاع الزوجية قبل الموت، وسبب الميراث: انتهاء النكاح بالموت ولم يوجد؛ ولهذا لو انقطع النسب في المرض لم يستحق القريب الميراث فكذا إذا انقطعت الزوجية بالثلاث أو بالبينونة؛ ولهذا لو حلف أن ليس له زوجة لا يحنث بها [في][٢] العدة.

ولهذا لو ارتدَّ الابن؛ لا يرث؛ لانقطاع السبب، مع أن البنوة لا تقبل الانقطاع حقيقة بالإجماع، والضعيف المختلف فيه لا يزاحم القوي المجمع عليه.

قوله: (ولنا) في المبسوط: استحسانًا لإجماع الصحابة[٣]. وكذا المالكية[٤]، رُوي أن عبد الرحمن بن عوف لما بت طلاق امرأته تماضر بنت الأصبغ بن زياد بن [٤٥١/أ] الحصين الكلبية في مرضه، وقيل: تماضر بنت عمرو بن الرشيد السلمية ابن الخنساء الشاعرة؛ أدركت الإسلام وأسلمت مع قومها بني سليم ومات عبد الرحمن وهي في العدة؛ وورثها عثمان بمحضر من المهاجرين والأنصار. وقال: ما اتهمته ولكن أردت السنة.

والقياس: يُترك بالإجماع.

فإن قيل: لا إجماع؛ فإن ابن الزبير قال: لو كان الأمر إليَّ ما ورثت تماضر؛ لأن عبد الرحمن قال: ما طلقها ضرارًا ولا فرارًا.

قلنا: معنى قول [ابن][٥] الزبير: "ما ورثتها" لجهلي بوجه الاستحسان؛

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٦٣).

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٥٥).

(٤) انظر: المدونة لابن القاسم (٢/ ٨٩)، المنتقى للباجي (٤/ ٨٧).

(٥) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

....

فتبيَّن أنه كان يخفى عليه ما لم يخف على عثمان ﷺ؛ لأنه لم يكن في ذلك الوقت من الفقهاء.

وفي رواية قال: "إنها سألته الطلاق" يعني ما ورثتها؛ لأنها سألت الطلاق. وبه نقول.

ولكن توريث عثمان بعد السؤال؛ دليل على أنه يُوَرِّثها قبله.

وقيل: هي ما سألته الطلاق؛ ولكنه قال لها: إذا طهرت فآذنيني، فلما طهرت آذنته، وبهذا لا يسقط ميراثها[(١)].

قال نافع: جعل لها بالصلح عن ربع ثمنها ثمانين ألف[(٢)] درهم، وبعض أهل الحديث قال: ثمانون ألف دينار[(٣)]، وروي عن عثمان ﷺ لما قضى توريثها قال: فرض كتاب الله، وروي عنه قال: ما فررت من كتاب الله؛ أي: ما قصدت الفرار.

وقال المالكية: كان توريث عثمان بعد انقضاء العدة. ذكره في الجواهر[(٤)].

وقول الجمهور: أن توريثها كان في العدة[(٥)].

وفي البدائع: خلاف ابن الزبير بعد انعقاد الإجماع لا يقدح فيه؛ لأن انقراض العصر ليس بشرط لصحة الإجماع؛ لمّا عَرَف[(٦)].

[مع أنه لم يكن في ذلك الوقت من الفقهاء، وإن كان لا يعتد بخلاف الواحد كخلاف][(٧)] ابن عباس في مسألة العول وخلاف ابن المسيب في عدم اشتراط [دخول][(٨)] الزوج الثاني.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٥٥).

(٢) أخرجه سعيد بن منصور (٢/ ٦٦، برقم ١٩٥٩).

(٣) قال ابن حجر: لم أجده هكذا. الدراية (٢/ ١٨٠)، نقل ابن الملقن: وقيل: دراهم. البدر المنير (٨/ ١٢٣).

(٤) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٥٢٣).

(٥) انظر: الأم للشافعي (٥/ ٢٧١)، مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه (٤/ ١٦٥٥).

(٦) أي: لما عرف في أصول الفقه. بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ٢١٩).

(٧) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٨) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

سَبَبُ إرثِهَا فِي مَرَضِ مَوتِهِ، وَالزَّوجُ قَصَدَ إبطَالَهُ، فَيُرَدُّ عَلَيهِ قَصدُهُ بِتَأخِيرِ عَمَلِهِ إِلَى زَمَانِ انقِضَاءِ العِدَّةِ دَفعًا لِلضَّرَرِ عَنهَا، وَقَد أَمكَنَ، لِأَنَّ النِّكَاحَ فِي العِدَّةِ يَبقَى فِي حَقِّ بَعضِ الآثَارِ، فَجَازَ أَن يَبقَى فِي حَقِّ إرثِهَا عَنهُ، بِخِلَافِ مَا بَعدَ الِانقِضَاءِ، لِأَنَّهُ لَا إمكَانَ، وَالزَّوجِيَّةُ فِي هَذِهِ الحَالَةِ ....

(**سبب إرثها في مرض**)؛ لأنه لما مرض مَرَضَ الموت تعلق حقها بماله؛ ولهذا حجر عن التبرعات بما زاد على الثلث، وعن التبرع على بعض الورثة؛ لتعلق حق الكل به.

واستحقاق الإرث: بالسبب أو النسب والمحل -وهو المال-.

(**والزوج قصد إبطاله، فيرد عليه قصده بتأخير عمله إلى زمان انقضاء العدة**) والباء في (**بتأخيره**) [متعلق][1] بـ(**فيرد**)، والتاء للآية[2].

قوله: (**دفعًا**) مفعول له من (**فيرد**)؛ يعني: الشارع لما أخَّر عمل الطلاق إلى انقضاء العدة في كثيرٍ من الأحكام من حرمة الزوج وحرمة الخروج والبروز وحرمة نكاح الأخت وأربعة سواها، وغيرها؛ صلح ذلك التأخير في تأخير عمل الطلاق وفي حق الإرث أيضًا كأنه لم يطلقها فيرد عليه قصده لدفع الضرر عنها كما ردَّ الشرع على مستعجل الإرث بالقتل بحرمانه منه.

فإن قيل: لما كانت العلة دفع الضرر باعتبار تعلق حقها بالمال ينبغي أن ترث بعد العدة كما قال مالك وابن أبي ليلى.

قلنا: القول ببقاء النكاح حكمًا عند الإمكان ببقائه، وذلك عند بقاء العدة؛ لأن الشرع لم يرد بتأخير عمل الطلاق بعد العدة في حق حكم ما؛ فيعمل الطلاق عمله، وارتفع النكاح من كل وجه؛ ولهذا يحل لها التزوج بآخر، ومع ثبوت الحل لغيره لا يمكن القول ببقاء نكاحه من وجه.

قوله: (**والزوجية في هذه الحالة**) **إلى آخره**؛ جواب عن قول الخصم أنه قال: لو كانت الزوجية باقية لورثت الزوج إذا ماتت في هذه الحالة عنها فقال

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٢) هكذا رسمت بالأصل، وفي الثانية (للآلة)، وفي الثالثة (للدلالة).

لَيسَت بِسَبَب لِإِرثِهِ عَنهَا فَتَبطُلُ فِي حَقِّهِ، خُصُوصًا إِذَا رَضِيَ بِهِ.

(وَإِن طَلَّقَهَا ثَلَاثًا بِأَمرِهَا، ....

في جوابه: الزوجية في مرضه **(ليست بسبب لإرثه عنها)**؛ لوجود المبطل كيف وقد رضي به حيث طلقها؛ **(فتبطل)** الزوجية **(في حقه)**.

وقوله: (فتبطل) بالنصب؛ لأنه جواب النفي.

وجه قول أحمد وابن أبي ليلى: قول أبي بكر أنها ترث ما لم تتزوج.

ولنا: ما روي عن عمر[(١)] وعائشة[(٢)] وابن مسعود وابن عمر وأُبَيّ بن كعب: أن امرأة الفارّ ترث ما دامت في العدة.

وعن إبراهيم قال: [جاء][(٣)] عروة البارقي إلى شريح من عند عمر بخمس خصال منهن: "ما إذا طلق المريض امرأته ثلاثًا ورثته إذا مات وهي في العدة"[(٤)]، وقد قال عليه السلام: «**اقتدوا بالذين من بعدي أبي بكر وعمر**»[(٥)].

وما روي عن عمر محكم، وما روي عن أبي بكر محتمل؛ يعني: ما لم يتمكن من التزويج والأخذ بالمحكم أولى.

ولأن الإرث يعتمد النكاح، وما بقي النكاح بعد العدة [من كل وجه كما ذكرنا وجه قول مالك وأحمد في رواية: أنه لما ثبت حقها في ماله وما بطل بقصده الفرار؛ فيبقى بعد التزويج كما بعد العدة][(٦)] وكالمهر والنفقة؛ حيث لا يسقطان بالتزويج بآخر. وهذا بعيد جدًّا مع الفرق الذي ذكرنا.

قوله: (بأمرها)؛ أي: بسؤالها.

---

(١) أخرجه عبدالرزاق (٧/ ٦٣، برقم ١٢٢٠١)، والبيهقي (٨/ ١٦٩، ١٦٣١٤).
(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٤/ ١٧٢، برقم ١٩٠٤٦).
(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) أخرجه سعيد بن منصور (٢/ ٦٨، برقم ١٩٦٢)، وابن أبي شيبة (٤/ ١٧١، برقم ١٩٠٣٨).
(٥) أخرجه الترمذي (٦/ ٥٠، برقم ٣٦٦٢) وحسنه، وابن ماجه (١/ ٣٧، برقم ٩٧)، والحاكم (٣/ ٨٠، برقم ٤٤٥٥) من حديث حذيفة مرفوعا. وصححه الحاكم وقال: هذا حديث من أجل ما روي في فضائل الشيخين.)
(٦) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

أَو قَالَ لَهَا: اختَارِي فَاختَارَت نَفسَهَا، أَو اختَلَعَت مِنهُ ثُمَّ مَاتَ وَهِيَ فِي العِدَّةِ لَم تَرِثهُ) لِأَنَّهَا رَضِيَت بِإِبطَالِ حَقِّهَا وَالتَّأخِيرِ لِحَقِّهَا. ....

(وهي في العدة لم ترثه)، وفيه خلاف مالك[١]، وأحمد[٢]، والأوزاعي -على ما تقدَّم-، وابن أبي هريرة من أصحاب الشافعي[٣]؛ لما روي أن عبد الرحمن طلق تماضُر بسؤالها[٤].

وكذا لو كانت المرأة أمَةً [٤٥١/ب] أو كتابية حين أبانها في مرضه ثم عتقت وأسلمت الكتابية؛ لم ترث وإن مات في العدة؛ لأنه لم يكن فارًّا حين طلقها؛ إذ لم يتعلق حقها بماله بمرضه، فلو ورثت كان فيه إقامة العدة مقام النكاح في حق استحقاق الميراث بعد العتق والإسلام، وذلك غيرُ ما اتفق عليه الصحابة؛ فلا يمكن إثباته بالرأي. كذا في المبسوط[٥].

(لأنها رضيت بإبطال حقها) أما الرضا في سؤال الطلاق وكذا في الخلع؛ لأنها باشرت الشرط، وكذا في الاختيار؛ لأنها باشرت العلة.

(والتأخير)؛ أي: تأخير عمل الطلاق **(لحقها)** وقد رضيت بسقوطه.

وفي المحيط: لو جاءت الفرقة من قبلها في مرضه لم ترث منه؛ لأنها باشرت سبب بُطلان حقها، ولو جاءت الفرقة منها في مرضها ورثها الزوج[٦].

قيل: ينبغي ألا يرثها؛ لأنا جعلنا قيام العدة كقيام النكاح، ولا عدة هاهنا عند موتها فلم يبق النكاح كما بعد العدة.

قيل في جوابه: لما صارت محجورة عن إبطال حقه؛ أبقينا النكاح في حق الإرث دفعًا للضرر عنه أو ردًّا لقصدها إبطال حقه كما حكمنا في مستعجل الإرث بحرمانه ردًّا لقصده. وكما لو حصلت الفرقة بسبب الجبِّ والعنَّةِ وخيار

---

(١) انظر: الاستذكار لابن عبدالبر (٦/ ١١٦)، والمعونة للقاضي عبدالوهاب (صـ ٧٨٩).
(٢) على روايتين. انظر: الهداية للكلوذاني (صـ ٤٦١)، اولكافي لابن قدامة (٢/ ٣١٣).
(٣) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ٢٦٧)، والبيان للعمراني (٩/ ٢٨).
(٤) أخرجه سعيد بن منصور (٢/ ٦٦، برقم ١٩٥٩).
(٥) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٥٦).
(٦) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤١٦).

وَإِن قَالَت: طَلِّقنِي لِلرَّجعَةِ، فَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا وَرِثَتهُ، لِأَنَّ الطَّلَاقَ الرَّجعِيَّ لَا يُزِيلُ النِّكَاحَ، فَلَم تَكُن بِسُؤَالِهَا رَاضِيَة بِبُطلَانِ حَقِّهَا (وَإِن قَالَ لَهَا فِي مَرَضِ مَوتِهِ: كُنتُ طَلَّقتُكِ ثَلَاثًا فِي صِحَّتِي وَانقَضَت عِدَّتُكِ فَصَدَّقَته، ثُمَّ أَقَرَّ لَهَا بِدَين أَو أَوصَى لَهَا بِوَصِيَّة فَلَهَا الأَقَلُّ مِن ذَلِكَ وَمِن المِيرَاثِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَجُوزُ إِقرَارُهُ وَوَصِيَّتُهُ. وَإِن طَلَّقَهَا ثَلَاثًا فِي مَرَضِهِ بِأَمرِهَا ثُمَّ أَقَرَّ لَهَا بِدَين أَو أَوصَى

البلوغ والعتق في مرضه.

لا ترث لرضاها بالمبطل وإن كانت مضطرة؛ لأن سبب الاضطرار لم يكن من جهة الزوج؛ فلم يكن جانيا في الفرقة.

وفي الجامع: لو فارقته في مرضها بخيار العتق والبلوغ؛ ورثها الزوج؛ لأنها جاءت من قبلها، ولهذا لم يكن طلاقا. وفي الينابيع: جعل هذا قول أبي حنيفة ومحمد[١].

وفي الفرقة بسبب الجب والعنة واللعان؛ لا يرثها؛ لأنها طلاق فكانت مضافة إليه.

(**وإن قالت: طلقني للرجعة فطلقها ثلاثًا**) أو واحدة بائنة؛ (**ورثته**)؛ لأنها بذلك السؤال (**لم تكن بسؤالها راضية ببُطلان حقها؛ لأن الطلاق الرجعي لا يُزيل النكاح**)[٢].

وفي المحيط أيضًا: لو جامعها ابنه -مطاوعة- أو مكرهة ثم طلقها؛ لا ترث؛ لبطلان النكاح قبل الطلاق؛ فلم يعمل عمله[٣].

وفي الذخيرة: وفي مجامعة ابن الزوج وتقبيلها له بشهوة؛ لا ترث، إلا أن يكون الأبُ أمرَه به[٤].

أما لو طلقها بائنًا ثم جامعها ابنه أو قبّلها بشهوة؛ ورثت؛ لأن بذلك تثبت

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٤٤٤)، وفتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ١٤٩).
(٢) بالفقرة تقديم وتأخير عن مطبوع الهداية بين يدينا.
(٣) المحيط البرهاني لابن مازة (/).
(٤) الذخيرة البرهانية لابن مازة (٤/ ٣١٦).

لَهَا بِوَصِيَّة فَلَهَا الأَقَلُّ مِن ذَلِكَ وَمِن المِيرَاثِ فِي قَولِهِم جَمِيعًا) إِلَّا عَلَى قَولِ زُفَرَ رَحِمَهُ اللهُ، فَإِنَّ لَهَا جَمِيعَ مَا أَوصَى وَمَا أَقَرَّ بِهِ(*)، لِأَنَّ المِيرَاثَ لَمَّا بَطَلَ بِسُؤَالِهَا زَالَ المَانِعُ مِن صِحَّةِ الإِقرَارِ وَالوَصِيَّةِ. وَجهُ قَولِهِمَا فِي المَسأَلَةِ الأُولَى: أَنَّهُمَا لَمَّا تَصَادَقَا عَلَى الطَّلَاقِ وَانقِضَاءِ العِدَّةِ صَارَت أَجنَبِيَّة عَنهُ حَتَّى جَازَ لَهُ أَن يَتَزَوَّجَ أُختَهَا فَانعَدَمَت التُّهمَةُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ تُقبَلُ شَهَادَتُهُ لَهَا وَيَجُوزُ وَضعُ الزَّكَاةِ فِيهَا، بِخِلَافِ المَسأَلَةِ الثَّانِيَةِ: لِأَنَّ العِدَّةَ بَاقِيَةٌ وَهِيَ سَبَبُ التُّهمَةِ، وَالحُكمُ يُدَارُ عَلَى دَلِيلِ التُّهمَةِ وَلِهَذَا يُدَارُ عَلَى النِّكَاحِ وَالقَرَابَةِ، وَلَا عِدَّةَ فِي المَسأَلَةِ الأُولَى، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ فِي المَسأَلَتَينِ: أَنَّ التُّهمَةَ قَائِمَةٌ، لِأَنَّ المَرأَةَ قَد تَختَارُ الطَّلَاقَ لِيَنفَتِحَ بَابُ الإِقرَارِ

المحرمية بينهما، وهي تؤكد الميراث.

قوله: (**في قولهم**) وفي الجامع: جعل هذا قول أبي حنيفة وحده.

(**صارت أجنبية**)، وبه قال أصحاب الشافعي على تفريع قوله القديم[1].

(**وهي**)؛ أي: العدة (**سبب التهمة**)؛ أي: تهمة إيثار الزوج الزوجة على سائر الورثة.

(**والحكم**)؛ أي: عدم صحة الإقرار والوصية.

(**على دليل التهمة**) كالعدة والنكاح والقرابة.

(**ولهذا يدار**)؛ أي: الحكم وهو عدم صحتهما (**على النكاح والقرابة**) حتى لا يجوز إقرارُه ووصيته لمنكوحته وقريبه؛ لهذا المعنى بالإجماع؛ فكذا لم يُعتبر إقرارُه ووصيته لمعتدته.

(**ولا عدة في المسألة**)؛ لتصادقهما على انقضاء العدة، وليس فيها دليل التهمة؛ فيعتبر صحة إقراره ووصيته؛ ولهذا حل لها التزوج بآخر، وحل له التزوج بأربع سواها، والحل والحرمة مما يُوجَدُ فيها بالاحتياط، وعرفنا أنه لا تهمة فيه أصلًا.

(*) **الراجح**: قول أبي حنيفة.

(١) انظر: نهاية المطلب للجويني (١٤/ ٢٣٩).

وَالوَصِيَّةِ عَلَيهَا فَيَزِيدَ حَقُّهَا، وَالزَّوجَانِ قَد يَتَوَاضَعَانِ عَلَى الإِقرَارِ بِالفُرقَةِ وَانقِضَاءِ العِدَّةِ لِيَبَرَّهَا الزَّوجُ بِمَالِهِ زِيَادَة عَلَى مِيرَاثِهَا، وَهَذِهِ التُّهمَةُ فِي الزِّيَادَةِ فَرَدَدنَاهَا، وَلَا تُهمَةَ فِي قَدرِ المِيرَاثِ فَصَحَّحنَاهُ، وَلَا مُوَاضَعَةَ عَادَة فِي حَقِّ الزَّكَاةِ وَالتَّزَوُّجِ

قوله: (ولا مواضعة) إلى آخره؛ جوابٌ عن مستشهداتهما؛ يعني: هذه المواضعة تتحقق في حق الإرث لا في حقِّ هذه الأحكام؛ فاعتبرت هنا ولم تعتبر ثمة.

وفي الذخيرة: لابدَّ من تحكيم الحال، فإن كان حال خصومة وغضب؛ يقع الطلاق عليها بهذا الإقرار، وإن لم يكن كذلك لا يقع[١]. فعلى ما ذكره في الذخيرة؛ ينبغي أن يحكم الحال هنا، فإن كان قد جرى بينهما مشاجرة وخصومة، وترك خدمتها له في مرضه دلَّ على [عدم][٢] المواضعة[٣] والإحسان إليها، وإن كان ذلك [حال المطايبة ومبالغتها في خدمته؛ ينبغي ألا يصح إقراره لها بهما؛ لأن ذلك][٤] دليل على فتح باب الإقرار.

قال التمرتاشي: قال: بل ما يأخذه يأخذه بطريق الميراث حتى لو تَوِي[٥] شيءٌ من التركة قبل القسمة؛ فالتَّوي[٦] على الكل.

ولو كان أخذه بطريق الدين؛ لكان التَّوَى على الورثة ما دام شيء من التركة قائمًا.

وكذا لو طلبت دنانير والتركة عروض؛ ليس لها ذلك، ولو كان بطريق الدين؛ كان لها ذلك.

ولو أرادت الأخذ من عين[٧] التركة والورثة لا تعطيها فليس [لها][٨] ذلك،

---

(١) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٠٣).
(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من فتح القدير (٤/ ١٥٠).
(٣) واضَعْتُهُ في الأمر، إذا وافقته فيه على شيء. الصحاح تاج اللغة (٣/ ١٢٩٩).
(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٥) التوى: -بكسر الواو- هلاك المال. المصباح المنير (١/ ٧٩)، معجم لغة الفقهاء (١٤٩).
(٦) رسمت في الثانية والثالثة (فالفتوى).
(٧) في النسخ: (غير) وما أثبتناه من فتح القدير.
(٨) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

وَالشَّهَادَةِ، فَلَا تُهمَةَ فِي حَقِّ هَذِهِ الأَحكَامِ قَالَ ﷺ: (وَمَن كَانَ مَحصُورًا أَو فِي صَفِّ القِتَالِ فَطَلَّقَ امرَأَتَهُ ثَلَاثًا لَم تَرِثهُ، وَإِن كَانَ قَد بَارَزَ رَجُلًا، أَو قُدِّمَ لِيُقتَلَ فِي قِصَاص، أَو رَجم، وَرِثَت إن مَاتَ فِي ذَلِكَ الوَجهِ أَو قُتِلَ) وَأَصلُهُ مَا بَيَّنَّا: أَنَّ امرَأَةَ

ولو اختاروا من غير التركة لهم ذلك[(١)]؛ لأن الشرع جانب الورثة[(٢)].

[٤٥٢/أ] قوله: **(إن مات في ذلك الوجه أو قتل)** وهي في العدة، ولو طلقها في مرضه ثم قتل فيه، أو مات من غير ذلك المرض غير أنه لم يصح؛ فلها الميراث أيضًا.

وقال عيسى بن أبان: لو قتل في مرضه لا ترث، وكذا لو مات بمرض آخر؛ لأن مرض الموت ما يكون سببًا، ولما مات بسبب آخر علم أن مرضه لم يكن مرض الموت.

وقلنا: لما طلقها في مرضه فقد تحقق الفرار واتصل به الموت ولم يصح منه، وقد يكون للموت سببان فلا يتبين بهذا أن مرضه لم يكن مرض الموت؛ إذْ بقتله [لم][(٣)] يرتفع احتمال مرضه سببية الموت، وإرثها منه بالفرار، وقد تحقق. هذا في المبسوط والكافي[(٤)].

وفي الذخيرة: في رواية أبي سليمان عن أبي يوسف عن أبي حنيفة طلاق المبارز كطلاق الصحيح، وهو خلاف ما ذكره في الأصل[(٥)].

ومن المشايخ من قال: إذا أخرج للرجم فهو في حكم المريض، ولو أخرج للقصاص فهو كالصحيح[(٦)].

قيل: يحتمل باعتبار أن العفو مندوبٌ فيغلب على الظن وجوده، ويعارض ذلك بالمرجوم إذا هرب من حرارة الحجارة؛ يترك.

---

(١) أي: لو أرادت أن تأخذ من عين التركة ليس على الورثة ذلك بل لهم أن يعطوها من مال آخر.
(٢) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ١٥٠).
(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٦٨)، وتبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٤٨).
(٥) الذخيرة البرهانية لابن مازة (٤/ ٣١٨).
(٦) انظر: المرجع السابق.

الفَارِّ تَرِثُ استِحسَانًا، وَإِنَّمَا يَثبُتُ حُكمُ الفِرَارِ بِتَعَلُّقِ حَقِّهَا بِمَالِهِ، وَإِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِمَرَضٍ يُخَافُ مِنهُ الهَلَاكُ غَالِبًا، كَمَا إِذَا كَانَ صَاحِبَ الفِرَاشِ وَهُوَ أَن يَكُونَ بِحَال لَا يَقُومُ بِحَوَائِجِهِ كَمَا يَعتَادُهُ الأَصِحَّاءُ، وَقَد يَثبُتُ حُكمُ الفِرَارِ بِمَا هُوَ فِي مَعنَى

قوله: (كما يعتاده الأصحاء) وفي قاضي خان: إلا بكلفة ومشقة.

وفي الكافي: وإن كان قد تكلف للقيام.

وقيل: مرض الموت هو الذي أضنى المريض وأدنفه وأعجزه عن القيام بحوائجه، أما من يجيء ويذهب بحُمَّى فلا. كذا في الذخيرة وشرح القدوري[(١)]، وهو الصحيح.

وقال مشايخ بلخ: مراده ذهابه في حوائجه في البيت، وهذا في حق الرجل، وفي حق المرأة لا تحتاج إلى الخروج من البيت في حوائجها لكن إذا كانت بحيث لا يمكنها الصعود على السطح فهي مريضة[(٢)].

وفي المحيط: قيل: إن أمكنه القيام بحوائجه في البيت ويعجز عنه خارج البيت؛ فهو مريض إذْ ليس كل مريض يعجز عن القيام في البيت كالقيام للبول والغائط[(٣)].

وقال بعضُ المتأخرين: إذا كان بحال يمكنه أن يخطو ثلاث خطوات من غير الاستعانة بغيره فهو صحيح. وهذا ضعيف فالمريض جدًّا لا يعجز عن [هذا][(٤)] القدر إذا تكلف[(٥)].

وقيل: الذي يتعذر عليه أداء الصلاة جالسًا، وقيل: لا يقدر أن يقومَ إلا أن يقيمه إنسان، وقيل: أن لا يقدر على المشي إلا أن يهادى بين اثنين[(٦)].

وفي المرأة أن تعجز بقيام مصالح بيتها.

---

(١) الذخيرة البرهانية لابن مازة (٤/٣١٦).
(٢) الذخيرة البرهانية لابن مازة (٤/٣١٦).
(٣) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/٤١٢)، وتبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/٢٤٨).
(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٥) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٦٩).
(٦) تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/٢٤٨).

الْمَرَضِ فِي تَوَجُّهِ الْهَلَاكِ الغَالِبِ، وَمَا يَكُونُ الغَالِبُ مِنهُ السَّلَامَةَ لَا يَثْبُتُ بِهِ حُكمُ الفِرَارِ، فَالمَحصُورُ وَالَّذِي فِي صَفِّ القِتَالِ الغَالِبُ مِنهُ السَّلَامَةُ، لِأَنَّ الحِصنَ لِدَفعِ بَأسِ العَدُوِّ وَكَذَا المَنَعَةُ فَلَا يَثْبُتُ بِهِ حُكمُ الفِرَارِ، وَالَّذِي بَارَزَ أَو قُدِّمَ لِيُقتَلَ الغَالِبُ مِنهُ الهَلَاكُ فَيَتَحَقَّقُ بِهِ الفِرَارُ، وَلِهَذَا أَخَوَاتٌ تَخرُجُ عَلَى هَذَا الحَرفِ، وَقَولُهُ: إِذَا

وقد ذكر محمد في الأصل مسائل تدل على أن الشرط خوف الهلاك الغالب لا كونه صاحب فراش، والمرأة في حال الطلق كالمريض[(١)].

وفي الجامع: طلقَتْ نفسها في مرضه فأجازَ؛ ورِثَتْ؛ لأن المبطل للميراث إجازته بخلاف سؤالها لرضاها بالمُبطل[(٢)].

وفي القنية: أُكرِهَ على طلاقها الثلاث لا يرث لعدم قصد الفرار، ولو أكرهت على سؤال طلاقها؛ ترث[(٣)].

ولو أقر بفساد نكاحها أو خلعها أجنبي في مرضه ترث[(٤)].

وفي جوامع الفقه: وكذا لو قال: كنتُ طلقتكِ ثلاثًا في صحتي، أو جامعت أملكِ، أو تزوجتكِ بغير شهود[(٥)].

قوله: (تخرج على هذا الحرف)؛ أي: الأصل؛ فمن الأول: راكب السفينة والنازل في المسبعة، أو في خوف من العدو.

[ومن الثاني]: انكسرت السفينة وبقي على لوح. ذكره في المحيط[(٦)(٧)].

وفي جوامع الفقه: كان بسفينة فاضطربت الأمواج[(٨)]، وكسرت السفينة وبقي على لوح -يشترط فيه المجموع- أو وقع في فم سبع[(٩)].

---

(١) انظر: الذخيرة البرهانية لابن مازة (٤/ ٣١٧).
(٢) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٤٧).
(٣) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ١٤٩).
(٤) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ١٥٠).
(٥) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤١٥).
(٦) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤١٢).
(٧) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٨) في الأصل: (وفي قاضي خان: هاجت الأمواج) وما أثبتناه من النسخة الثانية والثالثة.
(٩) انظر: النافع الكبير شرح الجامع الصغير للكنوي (ص ٢٢٦).

مَاتَ فِي ذَلِكَ الوَجهِ أو قُتِلَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لَا فَرقَ بَينَ مَا إِذَا مَاتَ بِذَلِكَ السَّبَبِ أَو بِسَبَبٍ آخَرَ كَصَاحِبِ الفِرَاشِ بِسَبَبِ المَرَضِ إِذَا قُتِلَ.

(وَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ لِامرَأَتِهِ وَهُوَ صَحِيحٌ: إِذَا جَاءَ رَأسُ الشَّهرِ، أَو إِذَا دَخَلتِ الدَّارَ، أَو إِذَا صَلَّى فُلَانٌ الظُّهرَ، أَو إِذَا دَخَلَ فُلَانٌ الدَّارَ، فَأَنتِ طَالِقٌ فَكَانَت هَذِهِ الأَشيَاءُ وَالزَّوجُ مَرِيضٌ لَم تَرِث، وَإِن كَانَ القَولُ فِي المَرَضِ وَرِثَت إِلَّا فِي قَولِهِ: إِذَا دَخَلت الدَّارَ) وَهَذَا عَلَى وُجُوه: إِمَّا أَن يُعَلِّقَ الطَّلَاقَ بِمَجِيءِ الوَقتِ أَو بِفِعلِ

والمسلول والمفلوج والمقعد ما دام يزداد ما به؛ فهو من الثاني، وإلا فمن الأول(١).

ولو قُرِّبَ للقتل فطلَّق ثم خُلِّي عنه أو حُبِس ثم قتل من ذلك أو مات؛ فهو كالمريض ترثه(٢).

وفي قاضي خان: اختلف في المفلوج وإخوانه مشايخ بلخ:

قال محمد بن سلمة: إن كان لا يُرجى برؤه بالتداوي؛ فهو كالمريض مرض الموت، وإن كان يرجى فهو كالصحيح(٣).

وقال الهندواني: إن كان يزداد أبدًا فهو كالمريض، وإن كان يزداد مرة ويقل أخرى؛ فكالصحيح(٤).

وإن مات قبل سنة فكالمريض.

وفي الذخيرة: [إن](٥) لم يزدد؛ فهو كالصحيح، وبه أخذ بعض المشايخ(٦)، وكان برهان الأئمة والصدر الشهيد يفتيان به(٧).

قوله: (فكانت هذه الأشياء)؛ أي: وُجِدت وَحَدثت فكانت تامة.

---

(١) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤١٢).
(٢) انظر: المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ١٦٩).
(٣) انظر:.
(٤) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٤٨).
(٥) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٦) في الأصل: (وبه أخذ مشايخ بلخ) وما أثبتناه من النسخة الثانية والثالثة؛ لموافقتهما الذخيرة.
(٧) انظر: الذخيرة البرهانية لابن مازة (٤/ ٣١٧).

الأَجنَبِيِّ أَو بِفِعلِ نَفسِهِ أَو بِفِعلِ المَرأَةِ، وَكُلُّ وَجه عَلَى وَجهَينِ: أَمَّا إن كَانَ التَّعلِيقُ فِي الصِّحَّةِ وَالشَّرطُ فِي المَرَضِ أَو كِلَاهُمَا فِي المَرَضِ.

أَمَّا الوَجهَانِ الأَوَّلَانِ: هُوَ مَا إِذَا كَانَ التَّعلِيقُ بِمَجِيءِ الوَقتِ بِأَن قَالَ: إِذَا جَاءَ رَأسُ الشَّهرِ فَأَنتِ طَالِقٌ، أَو بِفِعلِ الأَجنَبِيِّ بِأَن قَالَ: إِذَا دَخَلَ فُلَانٌ الدَّارَ، أَو صَلَّى فُلَانٌ الظُّهرَ، فَإِن كَانَ التَّعلِيقُ وَالشَّرطُ فِي المَرَضِ فَلَهَا المِيرَاثُ، لِأَنَّ القَصدَ إِلَى الفِرَارِ قَد تَحَقَّقَ مِنهُ بِمُبَاشَرَةِ التَّعلِيقِ فِي حَالِ تَعَلُّقِ حَقِّهَا بِمَالِهِ، وَإِن كَانَ التَّعلِيقُ فِي الصِّحَّةِ وَالشَّرطُ فِي المَرَضِ لَم تَرِث. وَقَالَ زُفَرُ ﵀: تَرِثُ، لِأَنَّ المُعَلَّقَ بِالشَّرطِ يَنزِلُ عِندَ وُجُودِ الشَّرطِ كَالمُنَجَّزِ فَكَانَ إِيقَاعًا فِي المَرَضِ.

وَلَنَا: أَنَّ التَّعلِيقَ السَّابِقَ يَصِيرُ تَطلِيقًا عِندَ الشَّرطِ حُكمًا لَا قَصدًا، وَلَا ظُلمَ إِلَّا عَن قَصد، فَلَا يُرَدُّ تَصَرُّفُهُ. وَأَمَّا الوَجهُ الثَّالِثُ: وَهُوَ مَا إِذَا عَلَّقَهُ بِفِعلِ نَفسِهِ، فَسَوَاءٌ كَانَ التَّعلِيقُ فِي الصِّحَّةِ وَالشَّرطُ فِي المَرَضِ، أَو كَانَا فِي المَرَضِ وَالفِعلُ مِمَّا لَهُ مِنهُ بُدٌّ أَو لَا بُدَّ لَهُ مِنهُ ....

قوله: (**حُكمًا لا قصدًا**) يعني نسلم قول زفر: أنه يصير كالمنجز؛ لكن حكمًا لا قصدًا؛ ولهذا لو كان عاقلًا عند التعليق ومجنونًا عند الشرط؛ يقع الطلاق؛ فلو كان التعليق تطليقًا لما وقع لعدم القصد منه.

وكذا لو حلف بعد التعليق ألا تطلق ثم وُجِدَ الشرط لم يحنث، فلو كان التعليق طلاقًا عند وجود الشرط ينبغي أن يحنث.

ولأنه لم يوجد منه منعٌ [٤٥٢/ب] بعد التعليق في حق وجود الشرط، ولا يتمكن من المنع؛ لأنه لا يقدر على إبطال التعليق ولا على منع الأجنبي من إيجاد الشرط فلم يكن ظالمًا فلم يترتب عليه الفرار.

ولأنا لو نظرنا إلى التعليق؛ لا تعلق لحقها بماله، ولو نظرنا إلى الشرط؛ لا صنع للزوج؛ فلم يكن فارًّا.

قوله: (**أو مما لا بدَّ له منه**) فإن قيل: ينبغي ألا يصير فارًّا في التعليق بالفعل الذي لابدَّ له منه؛ لأنه يصيرُ مضطرًا إلى مباشرة ذلك الفعل فلا يصير الفعل ظلمًا فلا يرث.

يَصِيرُ فَارًّا لِوُجُودِ قَصدِ الإِبطَالِ، إِمَّا بِالتَّعلِيقِ أَو بِمُبَاشَرَةِ الشَّرطِ فِي المَرَضِ، وَإِن لَم يَكُن لَهُ مِن فِعلِ الشَّرطِ بُدٌّ، فَلَهُ مِن التَّعلِيقِ أَلفُ بُدٍّ، فَيُرَدُّ تَصَرُّفُهُ دَفعًا لِلضَّرَرِ عَنهَا.

وَأَمَّا الوَجهُ الرَّابِعُ: وَهُوَ مَا إِذَا عَلَّقَهُ بِفِعلِهَا، فَإِن كَانَ التَّعلِيقُ وَالشَّرطُ فِي المَرَضِ وَالفِعلُ مِمَّا لَهَا مِنهُ بُدٌّ كَكَلَامِ زَيد وَنَحوِهِ لَم تَرِث، لِأَنَّهَا رَاضِيَةٌ بِذَلِك، وَإِن كَانَ الفِعلُ مِمَّا لَا بُدَّ لَهَا مِنهُ كَأَكلِ الطَّعَامِ وَصَلَاةِ الظُّهرِ وَكَلَامِ الأَبَوَينِ تَرِثُ، لِأَنَّهَا

قلنا: الاضطرار في جانب الفاعل لا يبقي[1] الضمان؛ كمن اضطر إلى أكل مال الغير، أو قتل الجمل الصَّائل، أو في إتلاف مال الغير نائمًا أو مخطئاً؛ فإنه يضمن وإن لم يوصف فعله بالظلم؛ لأن الضمان باعتبار عصمة المحل وحقها معصومة، وإن كان للمتعدي عذر مع أن (**فله من التعليق ألف بد**).

ولأن هذا الاضطرار جاء منه؛ حيث علق طلاقها بما لابُدَّ لها منه.

قوله: (**لأنها راضيةٌ بذلك**)، فصار كأنه طلقها بسؤالها؛ لما أن الرضا بالشرط رضا بالمشروط، ولا يلزم على هذا ما لو قال أحد الشريكين في العبد لصاحبه: إذا ضربتَهُ فهو حرٌّ فضربه؛ يعتق، وللضارب ولاية تضمين الحالف مع أن الضّارب ضربه باختيار، ولم يُجعل ذلك منه رضا؛ لأن مسألة الإعتاق من قبيل ما (**لا بدَّ لها منه كأكل الطعام**)؛ فإن المسألة موضوعة في كتاب العتاق فيما إذا كان أحد الشريكين قال: إن لم أضربْ هذا [العبد] اليوم فهو حر، فقال له شريكه: إن ضربته سوطًا فهو حرٌّ، فضربه؛ له تضمين شريكه؛ لأنه مضطر إلى اكتساب هذا الشرط، وفعل الشرط بالاضطرار لا يدل على الرضا بالمشروط، ولا كذلك في مسألتنا فكانت راضية بالمشروط. إليه أشار في الفوائد الظهيرية[2].

وفي الكافي: حكمُ الفرارِ حكم يثبت على خلاف القياس بشبهة العدوان لما ذكرنا في أول الباب فيبطل بماله شبهة الرضا، ولا كذلك الضمان وقد وجد هاهنا شبهة رضا المرأة فكفى ذلك لنفي حكم الفرار[3].

---

(١) في فتح القدير: لا ينفي. (٤/ ١٥٣).
(٢) انظر: المبسوط للسَّرَخسِي (٧/ ٧٣)، وتبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٤٩).
(٣) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٤٩).

مُضطَرَّةٌ فِي المُبَاشَرَةِ لِمَا لَهَا فِي الِامتِنَاعِ مِن خَوفِ الهَلَاكِ فِي الدُّنيَا أَو فِي العُقبَى وَلَا رِضا مَعَ الِاضطِرَارِ.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ التَّعلِيقُ فِي الصِّحَّةِ وَالشَّرطُ فِي المَرَضِ، فَإِن كَانَ الفِعلُ مِمَّا لَهَا مِنهُ بُدٌّ فَلَا إِشكَالَ أَنَّهُ لَا مِيرَاثَ لَهَا، وَإِن كَانَ مِمَّا لَا بُدَّ لَهَا مِنهُ فَكَذَلِكَ الجَوَابُ عِندَ مُحَمَّد ﷺ وَهُوَ قَولُ زُفَرَ، لِأَنَّهُ لَم يُوجَد مِن الزَّوجِ صُنعٌ بَعدَمَا تَعَلَّقَ حَقُّهَا بِمَالِهِ. وَعِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: تَرِثُ، لِأَنَّ الزَّوجَ أَلجَأَهَا إِلَى المُبَاشَرَةِ فَيَنتَقِل الفِعلُ إِلَيهِ كَأَنَّهَا آلَةٌ لَهُ كَمَا فِي الإِكرَاهِ(*).

قوله: (في الدنيا) راجع إلى **(أكل الطعام)**.

وقوله: (في العقبى) راجعٌ إلى **(صلاة الظهر)**، وخُصّ في النظر صلاة الظهر وإن كان جميع المكتوبات سواء؛ لأنها أول صلاة فرضت؛ فكان الفهم إليه أسبق.

(وكلام الأبوين)[١] ونحوه قضاء الدين واستيفاؤه والقيام والقعود والتنفس والشرب.

(فكذلك الجواب عند محمد) ألا يرث.

(كما في الإكراه)؛ بأن أكره إنسانًا على إتلاف المال؛ صار الْمُكْرِهُ مُتْلِفًا حتى يضمن وينتقل إليه؛ فكذا هاهنا، فصار كأن الفعل وُجِد منه؛ لأن حد المكره: أن يكون مُضطرًا بين الشرين، والمرأة كذلك؛ وهذا لأن الإكراه كما يقع بخوف تلف عاجل فكذا يقع بالتفسق؛ ألا ترى أن فعل القاضي ينتقل إلى الشاهدين؛ لأنه يصير ملجأ حتى لو لم يقض؛ يفسق، فيضمن الشهود إذا رجعوا. إليه أشير في المبسوط والأسرار وجامع قاضي خان[٢].

وفي مبسوط فخر الإسلام: الصحيح ما قاله محمد[٣].

ولو كان التعليق والشرط في الصحة؛ لم ترث في الوجوه كلها[٤]، وكذا

(*) الراجح: قول محمد.

(١) انظر المتن ص ٢٧٧.

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٥٨).

(٣) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ١٥٤).

(٤) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٥٠).

قَالَ: (وَإِذَا طَلَّقَهَا ثَلَاثًا وَهُوَ مَرِيضٌ، ثُمَّ صَحَّ، ثُمَّ مَاتَ: لَم تَرِث) وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهِ تَعَالَى عَلَيهِ: تَرِثُ، لِأَنَّهُ قَصَدَ الفِرَارَ حِينَ أَوقَعَ فِي المَرَضِ وَقَد مَاتَ وَهِيَ فِي العِدَّةِ، وَلَكِنَّا نَقُولُ: المَرَضُ إِذَا تَعَقَّبَهُ بُرءٌ فَهُوَ بِمَنزِلَةِ الصِّحَّةِ، لِأَنَّهُ يَنعَدِمُ بِهِ مَرَضُ المَوتِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا حَقَّ لَهَا يَتَعَلَّقُ بِمَالِهِ فَلَا يَصِيرُ الزَّوجُ فَارًّا ....

الحكم في الواقع بإيلاء أو خلع أو لعان[١].

وفي الجواهر: فإن كان أصله منه وكماله منها أو من غيرها كالمخبر، والحالف في صحته، والمتلاعن، وغير ذلك؛ ففي توريثها قولان[٢].

وفي المبسوط: قال لها: إذا مرضتِ فأنتِ طالق ثلاثًا ثم مرِضَتْ ومات؛ ورثته؛ لأنه كالمرسل عنده[٣]؛ ولهذا لو قال: إن جننت فأنتِ طالق فَجُنَّ؛ لا يقع، وقال أبو القاسم: لا ترثه؛ لأنه يقع عليها الثلاث في أول مرضه وعند ذلك لا يكون صاحبَ فراش.

ولو قال الصحيحُ: إن صححتُ من مرضي فأنتِ طالق ثلاثًا فصحَّ؛ وقع الطلاق ولا ميراث لها إن مرض بعد ذلك؛ لعدم الفرار[٤].

قوله: (وقال زفر رَحِمَهُ اللَّهِ تَعَالَى عَلَيهِ: ترث)، وبه قال: أحمد[٥]، والأوزاعي، والزهري، والثوري، وإسحاق بن راهويه[٦].

قوله: (فلا يصير الزوج فارًّا) قيل: هذا إذا كان به حمى ربع وصاحب فراش، فانقطعت وصح منها، ثم مات بحمّى غبّ أو غيرها من الأمراض، أما لو صحَّ من الربع ثم عادت حمى ربع ومات؛ تُجعل الثانية عين الأولى ولا

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٥٠).
(٢) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٥٢٤).
(٣) قال بالمبسوط: لأن المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز.
(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٥٩).
(٥) حكمه حكم الطلاق في الصحة؛ لأنها بائن بطلاق في غير مرض الموت؛ فترثه إذا مات قبل انقضاء العدة. انظر: مسائل الإمام أحمد وإسحاق (٤/ ١٧٦٣)، الهداية للكلوذاني (صـ٤٦١).
(٦) انظر: اختلاف الفقهاء للمروزي (ص: ٢٤٣)، الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٣/ ١٥٥).

وَلَو طَلَّقَهَا فَارتَدَّت وَالعِيَاذُ بِاَللَّهِ ثُمَّ أَسلَمَت ثُمَّ مَاتَ الزَّوجُ مِن مَرَضِهِ وَهِيَ فِي العِدَّةِ لَم تَرِث، وَإِن لَم تَرتَدَّ بَل طَاوَعَت ابنَ زَوجِهَا فِي الجِمَاعِ وَرِثَت.

وَوَجهُ الفَرقِ: أَنَّهَا بِالرِّدَّةِ أَبطَلَت أَهلِيَّةَ الإِرثِ إذ المُرتَدُّ لَا يَرِثُ أَحَدًا وَلَا بَقَاءَ لَهُ بِدُونِ الأَهلِيَّةِ، وَبِالمُطَاوَعَةِ مَا أَبطَلَت الأَهلِيَّةَ، لِأَنَّ المَحرَمِيَّةَ لَا تُنَافِي الإِرثَ وَهُوَ البَاقِي، بِخِلَافِ مَا إذَا طَاوَعَت فِي حَالِ قِيَامِ النِّكَاحِ، لِأَنَّهَا تُثبِتُ الفُرقَةَ فَتَكُونُ رَاضِيَة بِبُطلَانِ السَّبَبِ، وَبَعدَ الطَّلقَاتِ الثَّلَاثِ لَا تَثبُتُ الحُرمَةُ بِالمُطَاوَعَةِ لِتَقَدُّمِهَا

يحكم بزوالها، فينبغي أن ترثه على هذا، وفيه نظر؛ لأنه لما حكم بزوالها لما بقي تعلق حقها بماله فلا يتحقق قصد الفرار.

قوله: (ولو طلقها فارتدَّت)؛ أي: طلقها بائنًا أو ثلاثًا وآثر البينونة؛ والثلاث لا تظهر في حق الارتداد؛ ولكن تظهر(١) في مسألة المطاوِعَة.

(لم ترث)، بخلاف النفقة فإنها تسقطُ بالردة وتعود بالإسلام؛ لأنها معتدته. ذكره التمرتاشي(٢).

[٤٥٣/أ] **(إذِ المرتد لا يرث)**(٣)؛ لأن الإرث مبني على الولاية، وبالارتداد تنقطع الولاية.

(ببطلان السبب)؛ أي: سبب الإرث وهو النكاح.

(لتقدمها)؛ أي: لتقدم الحرمة الحاصلة بالطلقات الثلاث على المطاوعة؛ يعني: أهلية الإرث في هذه الحالة كما كانت.

فإن قيل: ينبغي أن لا ترث؛ لأنا تيقنا النكاح حكمًا في حق الإرث، والنكاح الباقي حقيقة يبطل بالمحرمية؛ فهذا أحق وصار كما لو طاوعت ابن زوجها قبل الطلاق كالمسألة الأولى.

قلنا: الردة تنافي نفس الحق وهو الإرث؛ لما أن المرتد لا يرث أحدًا، فلم يتصور بقاء النكاح بدون الأهل، فأما المحرمية فإنها يبطل بها الإرث بسبب

---

(١) في النسخة الثانية والثالثة: (ولم تظهر) وما أثبتناه من الأصل.
(٢) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ١٥٥).
(٣) في الأصل: (إذِ الارتداد لا يرث) وما أثبتناه من النسخة الثانية؛ لموافقة الهداية.

عَلَيْهَا فَافْتَرَقَا (وَمَن قَذَفَ امرَأَتَهُ وَهُوَ صَحِيحٌ وَلَاعَنَ فِي الْمَرَضِ وَرِثَتِ ....

بطلان النكاح مضافًا إليها، ولم يوجد؛ لأن النكاح قد بطل بالثلاث، وإنما بقي في حق الإرث خاصة، وبالمطاوعة في حال قيام النكاح؛ تقع الفرقة مضافة إليها؛ فلا يجب إبقاء النكاح في حق الاستحقاق؛ نظرًا لها مع رضاها ببطلان السبب. كذا في الكافي[١].

وفي الجامع: ارتدَّت أو قبَّلت ابن الزوج وهي مريضة، أو اختارت نفسها بالبلوغ أو العتق، وماتت؛ ورثها الزوج.

وبالعنة والجب الطارئ؛ لا يتوارثان؛ لأنه منه، حتى كان طلاقًا، وطلقها برضاه. ومعنى المسألة: تزوَّج امرأة ودخل بها، ثم طلقها بائنًا، ثم جُبَّ فتزوجها في العدة، فاختارت نفسها، ثم ماتت في العدة. وإنما وضع المسألة في الجَبِّ الطارئ؛ لتكون العدة قائمة بالاتفاق؛ لأن خلوة المجبوب لا توجب العدة في القياس، والدخول في الأول دخول في الثاني عندهما خلافًا لمحمد؛ لأن عنده تعود بقية العدة الأولى بعد ارتفاعها.

وفي الينابيع: لو ارتدَّ في حال صحته فمات أو قتل أو لحق بدار الحرب وهي في العدة؛ ورثت منه. ولو ارتدت وهي مريضة وماتت؛ ورثها الزوج، وكذا لو طاوعت ابنه[٢].

وفي المحيط: طلقها وهو مريض ثم ارتدت ثم أسلمت؛ لم ترثه لانقطاع النكاح بالردة. ولو ارتدا معًا ثم أسلم الزوج ومات؛ لا ترثه لأنها مرتدة. فإن أسلمت ثم مات الزوج مرتدًّا؛ ورثته لأن الفرقة وقعت ببقاء الزوج على الردة فكان بمنزلة الردة المبتدأة. ولو ارتد فمات أو لحق وهي مسلمة في العدة ورثته.

ولو ارتدت فماتت أو لحقت؛ لم يرثها لأن ردتها توجبُ القتل فأشرفت على الهلاك فصارت كالمريض، والفُرقة توجب الردة فيقع بعدها.

وعند أبي يوسف: لا تصير فارّة؛ لأن المرتد عندهما كالمريض حتى لا

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٤٥٢).
(٢) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٦٣).

وقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا تَرِثُ[*]، وَإِن كَانَ القَذفُ فِي المَرَضِ وَرِثَتهُ فِي قَولِهِم جَمِيعًا) وَهَذَا مُلحَقٌ بِالتَّعلِيقِ بِفِعلٍ لَا بُدَّ لَهَا مِنهُ، إذ هِيَ مُلجَأَةٌ إِلَى الخُصُومَةِ لِدَفعِ عَارِ الزِّنَا عَن نَفسِهَا وَقَد بَيَّنَّا الوَجهَ فِيهِ (وَإِن آلَى مِن امرأَتِه وَهُوَ صَحِيحٌ، ثُمَّ بَانَت بِالإِيلَاءِ وَهُوَ مَرِيضٌ: لَم تَرِث، وَإِن كَانَ الإِيلَاءُ أيضا فِي المَرَضِ وَرِثَت) لِأَنَّ الإِيلَاءَ فِي مَعنَى تَعلِيقِ الطَّلَاقِ بِمُضِيِّ أَربَعَةِ أَشهُرٍ خَالِيَةٍ عَنِ الوِقَاعِ، فَيَكُونُ مُلحَقًا بِالتَّعلِيقِ بِمَجِيءِ الوَقتِ وَقَد ذَكَرنَا

تنفد تبرعاته، والمرتدة لا تقتل فلم تكن كالمريضة، وكانت الفُرقة على الصحة[١].

ولو ارتدت في مرضها؛ ورثها استحسانًا؛ لأن الفرقة قد حصلت بعد تعلق ذمته بمالها، وإن كان لا يمكن اتقاؤه مع الردة في حق الحل؛ ولكن يمكن في حق الإرث.

ولو وكل رجلًا بطلاقها ثلاثًا فمرض ولم يستطع عزله فطلق الوكيل؛ لم ترث، ولو قدر على عزله فلم يعزله فطلق؛ ورثت.

قوله: (وقال محمد: لا ترث)؛ لأن الفرقة تقع بلعانها؛ لأنه آخر اللِّعَانَيْنِ؛ فكان كآخر المدَارين.

فإن قيل: الفرقة تقعُ بالقضاء فكان القضاء آخر المدارين.

قلنا: الحكم يثبتُ بالشهادة، والقاضي مضطر فيه، وعندهما: وإن كانت الفرقَة تقع بلعانها؛ لكنها مضطرة في ذلك لاستدفاع العار عن نفسها؛ ولهذا يجب اللعان عليها بعد لعان الزوج فكانت كمباشر عن اضطرار. كذا في الفوائد الظهيرية[٢].

(وقد بيّنا الوجه فيه) وهو: أنها مضطرة في المباشرة.

(فيكون ملحقًا بالتعليق بمجيء الوقت) كأنه قال: إذا مضت أربعة أشهر ولم أقربك فأنت طالق، ولو علق الطلاق في صحته بأمر سماوي ووجد الشرط لا يكون فارًا فكذلك هاهنا.

(*) الراجح: قول الشيخين.

(١) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤١٥).

(٢) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٥٠).

وَجهَهُ. قَالَ: (وَالطَّلَاقُ الَّذِي يَملِكُ فِيهِ الرَّجعَةَ تَرِثُ بِهِ فِي جَمِيعِ الوُجُوهِ) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ لَا يُزِيلُ النِّكَاحَ حَتَّى يُحِلَّ الوَطءَ فَكَانَ السَّبَبُ قَائِمًا. قَالَ: (وَكُلُّ مَا ذَكَرنَا أَنَّهَا تَرِثُ إِنَّمَا تَرِثُ إِذَا مَاتَ وَهِيَ فِي العِدَّةِ) وَقَد بَيَّنَّاهُ، وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

بَابُ الرَّجْعَةِ

(وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امرَأَتَهُ تَطلِيقَة رَجعِيَّة أَو تَطلِيقَتَينِ فَلَهُ أَن يُرَاجِعَهَا فِي عِدَّتِهَا رَضِيَت بِذَلِكَ أَو لَم تَرضَ) لِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٣١] مِن غَيرِ

فإن قيل: هو متمكنٌ من إبطال الإيلاء بالفيء في المرض، فإذا لم يبطل صار كأنه أنشأ الإيلاء في المرض كما لو طلقها في المرض.

قلنا: نعم متمكن؛ لكن بضرر يلحقه، وهو: وجوب اللعان، بخلاف مسألة الوكالة[١]. كذا ذكره قاضي خان[٢].

قوله: (في جميع الوجوه)؛ أي: سواء كان الطلاق بسؤالها أو بغير سؤالها، أو كان التعليق بفعلها أو بفعله، أو كان الفعل فيما له منه بُدّ أو لا؛ سوى قيام العدة؛ فإنه مشروط فيهما جميعًا، والله أعلم.

باب الرجعة

وجه المناسبة ظاهر؛ لأن الرجعة عقيبَ الطلاق؛ إذِ الطلاق نوعان: رجعي وبائن؛ فعقبه ببيان الرجعة لتدارك ما فات بالطلاق؛ يقال: رجع بنفسه رجوعًا، ورجع إلى الجواب رجعًا، وله على امرأته رجعة.

ورِجعة: بالكسر، والفتح [٤٥٣/ب] أفصح، ومنها الطلاق الرجعي. كذا في الصحاح والمغرب[٣]. يتعدى ولا يتعدى[٤].

---

(١) أي: كمن وكَّل وكيلا بالطلاق في صحته، فطلقها الموكل في المرض، فكان فارّا لتمكنه من العزل، فإذا لم يعزل يجعل كأنه ألجأه.

(٢) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٥٠).

(٣) الصحاح تاج اللغة للجوهري (٣/ ١٢١٦)، المغرب في ترتيب المعرب للمُطَرِّزِيّ (ص ١٨٤).

(٤) وفي المنافع: رجع: يستعمل لازما ومتعديا، فالرجوع مصدر اللازم، والرجع مصدر المتعدي، البناية (٥/ ٤٥٥).

فَصل، وَلَا بُدَّ مِن قِيَامِ العِدَّةِ، لِأَنَّ الرَّجعَةَ استِدَامَةُ المِلكِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ سُمِّيَ إمسَاكا وَهُوَ الإِبقَاءُ، وَإِنَّمَا يَتَحَقَّقُ الِاستِدَامَةُ فِي العِدَّةِ، لِأَنَّهُ لَا مِلكَ بَعدَ انقِضَائِهَا (وَالرَّجعَةُ أَن يَقُولَ: رَاجَعتُكِ، أَو رَاجَعتُ امرَأَتِي) وَهَذَا صَرِيحٌ فِي الرَّجعَةِ وَلَا

ثم الرجعة مشروعة بالكتاب والسنة وإجماع الأمة وهو ظاهر.

ولجوازها أربعة شرائط:

أحدها: أن يكون الطلاق صريحًا أو ببعض الكنايات المخصوصة.

والثاني: ألا يكون ثلاثًا في الحرة وثنتين في الأمة أو بائنًا.

والثالثة: ألا يكون بمقابلتها مال.

والرابعة: أن تكون المرأة مدخولًا بها.

قوله: (**رضِيتْ بذلك أو لم تَرْضَ**)، وهذا بإجماع أهل العلم، قوله تعالى أول الآية: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ﴾ [البقرة ٢٣١] يعني: إذا قرب انقضاء عدتهن فامسكوهن؛ لما أن جعل الرجعة لا تصح بعد انقضاء العدة بالإجماع.

قوله: (**والرجعة أن يقول: راجعتُكِ**)؛ أي: في الحضرة (**أو راجعْتُ امرأتي**)؛ أي: في الغيبة.

وكذا قوله: رجعتكِ أو ارتَجعتُكِ. كذا في المحيط[(١)].

ورددتك، أو يقول بالفارسية: بازاوردم ترا أو باركردان كردم. ذكره التمرتاشي وقاضي خان.

وفي المحيط: مسكتكِ بمنزلة أمسكتكِ، وهما لغتان[(٢)].

وهذه الألفاظ صريحة في الرجعة غير مفتقرة إلى النية.

ومن الكنايات في الرجعة: أنت عندي كما كنتِ، أو قال: أنتِ امرأتي، ونوى به الرجعة؛ كان مراجعًا. ذكره في الذخيرة[(٣)].

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٥١).
(٢) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ١٥٩).
(٣) الذخيرة البرهانية لابن مازة (٤/ ٣٢٥).

خِلَافَ فِيهِ بَيْنَ الأَئِمَّةِ. قَالَ: (أَو يَطَأَهَا أَو يُقَبِّلَهَا، أَو يَلمَسَهَا بِشَهوَة، أَو يَنظُرَ إِلَى فَرجِهَا بِشَهوَة) وَهَذَا عِندَنَا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحمَةُ اللَّهِ تَعَالَى عَلَيهِ: لَا تَصِحُّ الرَّجعَةُ إِلَّا بِالقَولِ مَعَ القُدرَةِ عَلَيهِ، ....

وفي الحاوي عزاه إلى محمد بن مقاتل قاضي قضاة بغداد.

وفي البسيط: أربعة ألفاظ متفق عليها وهي: راجعتُها، وارتجعْتُ، [ورجَّعْتُ][(١)]، وردَدْتُ[(٢)].

وفي الروضة: في حصول الرجعة براجعتكِ بغير نية؛ قولان[(٣)].

لمالك: كنكاح الهازل. ذكره في الجواهر[(٤)].

وفي البسيط: في رددتكِ إليَّ أو إلى نكاحكِ أو إلى عصمتي؛ هذه الصلة تشترط في الارتجاع، والمراجعة؛ لا يشترط ذكر الصلة[(٥)].

واختلفوا في الإمساك والنكاح والتزويج[(٦)].

وفي الذخيرة: لو قال: راجعتك بمهر ألف درهم إن قبلتِ؛ صح وإلا فلا؛ لأنها زيادة في المهر فيشترط قبولها[(٧)].

وفي المرغيناني والحاوي قال: راجعتكِ على ألف قال أبو بكر: لا تجب الألف ولا تصير زيادة في المهر؛ كما في الإقالة[(٨)].

قوله: (وهذا عندنا)، قال ابن المنذر[(٩)]: الجماع رجعة عند بن المسيب والحسن البصري وابن سيرين وطاووس والزهري والأوزاعي والثوري وابن أبي ليلى وجابر والشعبي وسليمان التيمي رحمهم الله.

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من بسيط الغزالي.
(٢) البسيط للغزالي (١٠١٧).
(٣) روضة الطالبين للنووي (٨/ ٢١٥).
(٤) اعقد الجواهر الثمينة (٢/ ٥٤١).
(٥) البسيط للغزالي (١٠١٧).
(٦) البسيط للغزالي (١٠١٨).
(٧) الذخيرة البرهانية لابن مازة (٤/ ٣٢٥) والمسألة إذا راجعها على مهر زائد عن مهرها.
(٨) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ١٥٩)، البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٤٥٦).
(٩) الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٥/ ٣٧٩).

....

وقال مالك[(١)] وإسحاق: إن أراد به الرجعة؛ فهو رجعة.

وقال الشافعي[(٢)] وأبو ثور والظاهرية[(٣)]: الجماع ليس برجعة ولا يكون إلا بالقول.

وأحمد: مضطرب[(٤)].

وفي الحلية: رجعة عند أبي حنيفة وأحمد[(٥)].

وفي المبسوط والذخيرة: التقبيل بشهوة، والنظر إلى داخل فرجها بشهوة؛ رجعة، ولم يقيد الشهوة في التقبيل في الكتاب[(٦)].

وفي البدائع: وهو قول محمد المرجوع إليه، وأما النظر إلى موضع الجماع من دبرها؛ فليس برجعة على قياس قول أبي حنيفة[(٧)].

وفي النوادر: النظر إلى الدبر ليس برجعة. واختلف في الوطء في الدبر؛ قيل: ليس برجعة إليه أشار القدوري، والفتوى على أنه رجعة[(٨)].

ويكره التقبيل واللمس بغير شهوة؛ فدل على أنهما لا يكونا رجعة.

ولو قبَّلت زوجها بشهوة أو نظرت إلى فرجه بشهوة وعلم الزوج بذلك وتركها حتى فعلت ذلك؛ فهي رجعة.

وإن كان ذلك اختلاسًا منها لا بتمكينه؛ قال السروجي وشيخ الإسلام: إنه رجعة عند أبي حنيفة ومحمد خلافًا لأبي يوسف، وقال الحلواني عن محمد: فيه روايتان. والظاهر عن أبي يوسف أنه مع أبي حنيفة -رحمهما الله-. ذكر ذلك في الذخيرة[(٩)].

---

(١) انظر: التبصرة للخمي (٦/ ٢٤٩٩).
(٢) انظر: الأم للشافعي (٥/ ٢٦٠).
(٣) المحلى لابن حزم (١٠/ ١٩).
(٤) انظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٥/ ٤٥٠).
(٥) حلية العلماء للشاشي (٧/ ١٢٥).
(٦) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢١).
(٧) بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ١٨٢).
(٨) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٥١).
(٩) الذخيرة البرهانية لابن مازة (٤/ ٣٢٤).

....

ثم إنما تثبت الرجعة بفعلها لو أقر الزوج أنها فعلتها بشهوة، ولو أنكره فشهدوا بالشهوة؛ عن محمد: لا يقبل.

وفي المبسوط: لا يقبل بلا ذكر خلاف[١].

وفي الجامع: يقبل. وفي القدوري: بفعلها لا تثبت الرجعة عن محمد. وفي نوادر ابن سماعة: يثبتُ بفعلها إن صدقها الزوج أو ورثته بعد موته[٢].

ولو قبلته وهو نائم أو معتوه ثم مات وصدّقها الورثة في الشهوة؛ ترثه.

وفي الأمالي عن أبي يوسف: لو أقر الزوج بلمسها بشهوة؛ جعله أبو حنيفة رجعة، ولا أحفظ في النظر قولًا عنه، وفي القياس مثله، ولكن هذا فاحش قبيح[٣]. قيل: أراد به القبح من جهة أن ولاية الرجعة له لا لها.

وفي قاضي خان: ونظرها وتقبيلها كنظره وتقبيله، وعلى قول أبي [يوسف][٤]: لا إلا إذا مكنها الزوج من ذلك، ولو فعلته اختلاسًا أو كان نائمًا أو مكرهًا؛ لا.

لهما: الاعتبار بحرمة المصاهرة؛ ولهذا لو أدخلت فرجه في فرجها وهو نائم؛ كان رجعة.

والأمة لو فعلت بالبائع في الخيار؛ كان فسخًا؛ لأن الفسخ قد يحصل بفعلها كما لو جُنَّتْ أو قتلت نفسها.

وأبو يوسف: سوَّى بين الخيار والرجعة في أنهما لا يثبتان بفعلها.

ومحمد: أثبت الرجعة دون الفسخ[٥].

وفي البدائع: أبو حنيفة سَوَّى بينهما في [٤٥٤/أ] الثبوت ووضعها في خيار المشتري وقال: بطل الخيار.

(١) المبسوط للسرخسي (٦/ ٢٢).
(٢) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٢٤).
(٣) انظر: الذخيرة البرهانية لابن مازة (٤/ ٣٢٤).
(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٥) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢٢).

....

وعن أبي يوسف في الجارية روايتان، في رواية: تكون إجازة ولا تكون رجعة، وفي رواية: لا تكون رجعة ولا إجازة[١].

ولو تزوَّجها في العدة تكونُ رجعة عند محمد خلافًا لأبي حنيفة، وعن أبي يوسف روايتان، قال أبو جعفر: وبقول محمد نأخذ[٢].

وفي الينابيع: وعليه الفتوى، وفي القنية: والفتوى أنه رجعة[٣].

لأبي حنيفة: أن إنشاء النكاح في المنكوحة لغو فلا يثبت ما في ضمن اللغو[٤].

ولو تزوَّجها ووطئها لا يصير مراجعًا؛ لأن الوطء عليه كوطء الأجنبية.

وفي الجواهر: تحصل الرجعة بالوطء والاستمتاع بالنية، وبغير النية لا تحصل[٥].

وفي المقدمات: تحصل الرجعة بالوطء والقبلة والمباشرة للذة، وأما الدخول عليها والأكل معها إذا نوى بذلك الرجعة؛ صح على رواية المنع ولا يصح على رواية الإباحة، والصحيح صحة الرجعة بمجرد النية، ولو انفرد اللفظ بلا نية لا تصح الرجعة ديانة[٦].

لو قال: إن جامعتكِ فأنتِ طالق، فجامعها؛ تكون رجعة عند محمد. وبه قال زفر.

وقال أبو يوسف: لو أدخله ثم أخرجه؛ يصير مراجعًا. وقد مرَّ الخلاف على العكس فيه.

وفي المحيط: يستحب أن يراجعها بالقول حتى يكون مجمعًا عليها[٧]،

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ١٨٢).
(٢) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٥١).
(٣) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ١٥٩).
(٤) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٥١).
(٥) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٥٤١).
(٦) المقدمات الممهدات لابن رشد الجد (١/ ٥٤٥).
(٧) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٢٢).

لِأَنَّ الرَّجعَةَ بِمَنزِلَةِ ابتِدَاءِ النِّكَاحِ حَتَّى يَحرُمَ وَطؤُهَا، وَعِندَنَا: هُوَ استِدَامَةُ النِّكَاحِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ وَسَنُقَرِّرُهُ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَالفِعلُ قَد يَقَعُ دَلَالَةً عَلَى الِاستِدَامَةِ .....

وفي الينابيع: الرجعة سُنّية وبِدْعية فالسُّنية بالقول[1].

وفي المبسوط والذخيرة: هذا أحسن؛ لأن بالفعل مختلف فيها[2]. وهذا لا يدل على أنها بالفعل بدعة.

والمجنون يراجع بالفعل، وبالقول لا يصح. وقيل: يصح بهما. وقيل: لا يصح بهما[3].

قوله: (لأن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح)؛ لأن الحل يثبت بها كما في النكاح، ثم النكاح ابتداء لا يصح إلا بالقول؛ فكذا الرجعة، وهذا بناء على أن الرجعة عنده سبب استباحة الوطء ورفع الخلل الواقع في الملك -فإن وطء المعتدة حرامٌ عنده كالمعتدة من البائن أو الثلاث-؛ فلا يكون ذلك إلا بالقول كابتداء النكاح فإنه لا يثبت بالفعل. إليه أشير في المبسوط[4].

(على ما بيناه)، وهو قوله: **(أنه يُسَمَّى إمساكًا)**[5] بالنص، والإمساك عبارة عن: استدامة الملك القائم لا عن إعادة الزائل.

(وسنقرره) أي: في آخر الكتاب بقوله: **(أنها)**[6]؛ أي: الزوجية **(قائمة)**[7] إلى آخره.

فإن قيل: كما سمَّى الله تعالى الرجعة إمساكًا سماها ردًّا بقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة ٢٢٨] وحقيقة الرد أن يكون بعد الزوال.

قلنا: إن الملك لا يزول بالإجماع؛ ولهذا يملك الاعتياض بالخلع بعد الطلاق الرجعي بالإجماع، ويملك الإيلاء والظهار واللعان؛ فعُلم أن معنى الرد إعادتها إلى الحالة الأولى حتى لا تبين بانقضاء العدة.

فإن قيل: تثبت الحرمة مع قيام أصل الملك كما في الأمة المكاتبة،

---

(١) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ١٦١). (٢) الذخيرة البرهانية لابن مازة (٤/ ٣٢٢).
(٣) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٥٢). (٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢١).
(٥) انظر المتن ص ٢٨٤. (٦) (٧) انظر المتن ص ٣١٧.

كَمَا فِي إسقَاطِ الخِيَارِ، وَالدَّلَالَةُ فِعلٌ يَختَصُّ بِالنِّكَاحِ وَهَذِهِ الأَفَاعِيلُ تَختَصُّ بِهِ خُصُوصاً فِي الحُرَّةِ، بِخِلَافِ النَّظَرِ وَالمَسِّ بِغَيرِ شَهوَة، لِأَنَّهُ قَد يَحِلُّ بِدُونِ النِّكَاحِ

فكذلك تثبت الحرمة مع قيام أصل الملك.

قلنا: ملك النكاح لا يكون نظير ملك اليمين فإن صفة الحل تنفك عن ملك اليمين ابتداءً وبقاءً بخلاف النكاح. إليه أشير في المبسوط(١).

والأولى في الاستدلال في حل الوطء بعد الطلاق الرجعي ما ذكره في الأسرار: أنه تعالى قال: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَٰفِظُونَ ۝٥ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ﴾ [المؤمنون ٤ - ٥] استثنى الأزواج في وجوب الحفظ فثبت أنه لا يجب الحفظ في حق الأزواج، والزوجية قائمة بالنص؛ قال تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ﴾ [البقرة ٢٢٨] والبعل والزوج لغة سواء(٢).

(**كما في إسقاط الخيار**) فإنه لو باع أمته بالخيار، ثم وطئها البائع سقط خياره وهاهنا أولى؛ لأن في البيع يحتاج إلى رفع السبب المزيل للملك وهو البيع، أما هاهنا لا يحتاج إلى رفع الطلاق بل يحتاج إلى دفع ما لولاه يزول، والمنع أسهل من الرفع؛ فلا يكون الفعل دليلًا على الاستدامة هنا أولى(٣).

قوله: (**فعل يختص بالنكاح**) وهو الوطء والتقبيل والنظر بشهوة.

(**وهذه الأفاعيل**) أي: الوطء والتقبيل والنظر بشهوة (**تختص به**) أي: بالنكاح.

(**خصوصًا في الحرة**) فإن قيل: هذه الأفاعيل توجد في الأمة المملوكة أيضًا فكيف يختص بالنكاح؟

قلنا: في محل النزاع مختص، مع أن الملك هو المقصود في الأمة، وهذه الأفاعيل تابعة له، والتابع في حكم العدم.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢٠).
(٢) بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ١٨٠).
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢١).

كَمَا فِي القَابِلَةِ وَالطَّبِيبِ وَغيرِهِمَا، وَالنَّظَرُ إِلَى غَيرِ الفَرجِ قَد يَقَعُ بَينَ المُسَاكِنَينِ وَالزَّوجُ يُسَاكِنُهَا فِي العِدَّةِ، فَلَو كَانَ رَجعَة لَطَلَّقَهَا فَتَطُولُ العِدَّةُ عَلَيهَا.

قَالَ: (وَيُستَحَبُّ أَن يُشهِدَ عَلَى الرَّجعَةِ شَاهِدَينِ، فَإِن لَم يُشهِد صَحَّت الرَّجعَةُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رحمه الله فِي أَحَدِ قَولَيهِ: لَا تَصِحُّ، وَهُوَ قَولُ مَالِك رحمه الله لِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] وَالأَمرُ لِلإِيجَابِ.

وَلَنَا: إِطلَاقُ النُّصُوصِ عَن قَيدِ الإِشهَادِ، وَلِأَنَّهُ استِدَامَةٌ لِلنِّكَاحِ، وَالشَّهَادَةُ لَيسَت شَرطًا فِيهِ فِي حَالَةِ البَقَاءِ كَمَا فِي الفَيءِ فِي الإِيلَاءِ، إِلَّا أَنَّهَا تُستَحَبُّ لِزِيَادَةِ

قوله: (وغيرهما) كالخاتنة والشاهد في الزنا إذا احتاج إلى تحمل الشهادة.

قوله: (صحت الرجعة)، وبه قال الشافعي في الأصح(١)، ومالك(٢)، وأحمد في رواية(٣) فإن عندهم مستحب.

(وهو قول مالك)(٤) لكن ذكر في كتبه: أنها تصح بدون الإشهاد. وبه قال أصحاب الظاهر(٥).

وفي الإشراف: لم يختلف أهل العلم أن الإشهاد فيها سنة(٦).

واستدل أصحاب [٤٥٤/ب] الظاهر ومن تابعهم **(لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾** [الطلاق ٢] بلا فصل **(والأمر للإيجاب)**.

(ولنا: إطلاق النصوص عن قيد الإشهاد) كقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ﴾ [البقرة ٢٢٨]، وقوله ﴿فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة ٢٢٩] وقوله عليه الصلاة السلام: «**مُر ابنكَ فَليراجعها**»(٧).

---

(١) انظر: نهاية المطلب للجويني (١٤/ ٣٥٣)، الوسيط في المذهب للغزالي (٥/ ٤٦٠).
(٢) انظر: الإشراف للقاضي عبدالوهاب (٢/ ٧٥٨)، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٥٤١).
(٣) انظر: الكافي لابن قدامة (٣/ ١٤٨)، الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة (٨/ ٤٧٣).
(٤) قال القاضي بكر بن العلاء: يجب الإشهاد. عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٥٤١).
(٥) المحلّى بالآثار (١٠/ ١٧).
(٦) الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٥/ ٣٧٨).
(٧) أخرجه البخاري (٦/ ١٥٥، برقم ٤٩٠٨)، ومسلم (٢/ ١٠٩٣، برقم ١٤٧١).

الِاحتِيَاطِ كَي لَا يَجرِيَ التَّنَاكُرُ فِيهَا، وَمَا تَلَاهُ مَحمُولٌ عَلَيهِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ قَرَنَهَا بِالْمُفَارَقَةِ وَهُوَ فِيهَا مُستَحَبٌّ، وَيُستَحَبُّ أَن يُعلِمَهَا كَي لَا تَقَعَ فِي المَعصِيَةِ (وَإِذَا

(وما تلاه) وهو قوله تعالى: ﴿وَأَشۡهِدُواْ﴾ الآية [الطلاق ٢] (محمولٌ عليه؛ ألا ترى أنه) أي: الله تعالى (قرنها بالمفارقة) حيث قال: ﴿فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ فَارِقُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖ وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ﴾ [الطلاق ٢]، ثم الإشهاد على المفارقة **مستحب** فكذا على الرجعة[١].

وفي الكافي: اشترط الإشهاد زيادة على النص المطلق وهي نسخ؛ فلا يجوز إلا بدليل يصلح، وما تلا لا يصلح[٢]؛ لأن المراد به الاستحقاق بدلالة الإجماع. **(أنه قرنها بالمفارقة)** أي: الطلاق والإشهاد في حقه مندوب؛ فكذا في حق الرجعة.

ولا يقال: القران في النظم لا يوجب القران في الحكم.

[لأن][٣] هذا ليس من ذاك القبيل؛ لأن الإشهاد يرجع إليهما وهو لفظ واحد بعد تمام حكمهما؛ فمن المحال أن يراد به معنيان مختلفان لا بطريق الحقيقة ولا بطريق المجاز في حالة واحدة؛ لكن هذا الاستدلال لا يكون إلزامًا على الظاهرية لما أنهم أوجبوا الإشهاد في الطلاق، وكذا في البيع ودفع المال، وأثبتوا العصيان بترك الإشهاد؛ لكن يتناقض قولهم في ذلك فأبطلوا الرجعة بترك الإشهاد وبترك إعلامها بالرجعة من غير دليل، وصححوا بقية التصرفات المذكورة وحكموا بعصيان تاركه. كذا قيل.

قوله: (ويستحب أن يعلمها)؛ أي: باتفاق علماء الأمصار، خلافًا للظاهرية كما قلنا.

(كي لا تقع في المعصية) يعني: ربما تتزوج بآخر ولم تعلم بالرجعة؛ فتقع في المعصية، والزوج [الذي][٤] أوقعها فيه كان مسيئاً.

---

(١) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٩).
(٢) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٥٢)..
(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

انقَضَت العِدَّةُ فَقَالَ: كُنتُ رَاجَعْتُهَا فِي العِدَّةِ فَصَدَّقَتهُ فَهِيَ رَجعَةٌ، وَإِن كَذَّبَتهُ فَالقَولُ قَولُهَا) لِأَنَّهُ أَخبَرَ عَمَّا لَا يَملِكُ إنشَاءَهُ فِي الحَالِ، فَكَانَ مُتَّهَمًا، إلَّا أَنَّ بِالتَّصدِيقِ

ولكن مع ذلك لو لم يعلمها؛ جازت الرجعة؛ لتصرفه في خالص حقه، وتصرف الإنسان في خالص حقه لا يتوقف على علم الغير. كذا في المحيط(١).

فإن قيل: كيف تقع في المعصية بدون العلم؟

قلنا: إذا تزوجت بغير سؤال؛ تقع في المعصية، فعلم أن التقصير جاء من جهتها. كذا قيل(٢).

وفي قاضي خان: الخلوة والمسافرة لا تكون رجعة(٣). وعند زفر: المسافرة رجعة.

وتعليق الرجعة بالشرط باطل عندنا(٤). وبه قال: الشافعي(٥)، وأحمد(٦)؛ كتعليق التمليك، مثاله: لو قال: إذا جاء غد فقد راجعتك، وكذا لو أضافها إلى الغد بأن يقول: راجعتكِ غدًا.

وفي البدائع: لا يجوز شرط الخيار في الرجعة كالنكاح(٧).

وفي القنية: في الوطء ليراجعها فالقول لها [قبل](٨) الخلوة وبعدها [له](٩).

وفي المحيط: الخلوة ليست برجعة(١٠).

بخلاف تأكد المهر؛ لأن الرجعة حقه وهو قادر عليها، والتأكد حقها وفي

---

(١) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٢٣).
(٢) وهذا مشكل أيضا من حيث إنه أوجب عليها السؤال، والمعصية بالعمل بما ظهر عندها. تبيين الحقائق (٢/ ٢٥٢).
(٣) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٢٤).
(٤) انظر: المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ٢٢).
(٥) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ٣٢٤)، التنبيه للشيرازي (ص: ١٨٢).
(٦) انظر: الهداية للكلوذاني (صـ ٤٦٣)، الكافي لابن قدامة (٣/ ١٥٠).
(٧) بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ١٨٦).
(٨) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٩) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(١٠) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٢٤٢).

تَرتَفِعُ التُّهمَةُ، وَلَا يَمِينَ عَلَيهَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ وَهِيَ مَسأَلَةُ الِاستِحلَافِ فِي الأَشيَاءِ السِّتَّةِ وَقَد مَرَّ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ.

وسع مثلها[١].

والمسلمة والكتابية والحرة والأمة في الرجعة سواء.

وفي الجواهر: قال: أشهب عن مالك[٢]: إذا كان الغد راجعتك؛ لم تكن رجعة. قيل مراده: لم تكن الرجعة الآن لا في الغد[٣].

ثم يحل الوطء للمطلقة الرجعية والمس والنظر عند أكثر العلماء.

وقال مالك: يحرم وطئها على المشهور ولا يجب به شيء[٤]. وعند الشافعي: حرام[٥].

وفي الروضة: لو وطئها فلا حدَّ عليه وإن كان عالمًا بالتحريم، وفيه وجه ضعيف[٦].

ولا يجب التعزير إن كان جاهلًا أو يعتقد إباحته، وإلا؛ فيجب.

ولو وطئها ولم يراجعها؛ يجب مهر المثل، ولو راجعها؛ فالنص وجوب مهر المثل[٧].

وقال إمام الحرمين: [هل][٨] هي زوجته أم خارجة عن ربقة الملك؟ فصل غامض، والأحكام في الظاهر كالمتناقضة؛ فإنه أوجب المهر بالوطء وحرمه[٩]، وبالوطء تستأنف العدة ويدخل فيها بقيتها.

---

(١) وذلك أن المرأة قادرة على تسليم نفسها، وليست بقادرة على جعل الرجل واطئاً، فتأكد المهر دفعاً للضرر عنها.

(٢) في الأصل: (أشبهت على مالك) وما أثبتناه من النسخة الثانية.

(٣) وعلل بأنها حق له؛ فكان له تنجيزه وتعليقه بما شاء. عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٥٤٢).

(٤) انظر: عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٥٤٣).

(٥) انظر: نهاية المطلب للجويني (١٤/ ٣٤١).

(٦) أي: وفي العالم بالتحريم وجه ضعيف أنه يُحد.

(٧) روضة الطالبين للنووي (٨/ ٢٢١).

(٨) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٩) وهذا يدل على زوال الملك. البسيط للغزالي (١٠٢٠).

....

وأبو حنيفة منع المسافَرَة بها والخلوة بها، ثم قال: إثبات الرجعة خارجٌ عن قياس التصرفات لا سبيل إلى إنكارها على المذاهب كلها، والذي ذكرنا غاية الإمكان.

وفي الروضة: قال الشافعي زوجته في خمسة مواضع من كتاب الله تعالى(١): في آية الميراث والإيلاء والظهار واللعان والطلاق وعدة الوفاة.

وكذا في عدم اشتراط الولي في الرجعة، وعدم اشتراط لفظة النكاح والتزويج والرضا عنها عند الكل.

وفي البسيط: في الظاهر ولا يقف على إذن السيد وهو الصحيح(٢).

ويدل على أنها زوجته قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ﴾ [البقرة ٢٢٨]، وقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة ٢٢٩].

وتراجع الأمة على الحرة، وفيها خلاف عند الشافعية.

وفي المجرد(٣) عن أبي حنيفة: تخرج مع زوجها إلى السفر؛ فقد أباح لها الخروج.

وفي الإملاء عنه: ليس لها [السفر](٤) به ولا وحدها، قال: وليس ذلك من قبيل أنه ليس بزوج؛ بل هو كالمَحْرَم لها؛ فقد قال تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾ [الطلاق ١] الآية. فعلم أن إلزام [٤٥٥/أ] إمام الحرمين غير صحيح ولم يعرف مأخذه، والسفر وما دونه سواء.

(فالقول قولها) قال ابن المنذر: القول لها بعد انقضاء العدة، وإنما الخلاف في يمينها(٥)؛ لأن من لا يملك الإنشاء لا يملك الإقرار؛ كالوصي والولي والوكيل بالبيع.

---

(١) أي: الرجعية زوجة. روضة الطالبين للنووي (٨/ ٢٢٢).
(٢) البسيط للغزالي (١٠٢٣)..
(٣) ورسمت في النسخة الثالثة (المحرر).
(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٥) فالنعمان كان لا يرى يميناً في النكاح ولا في الرجعة. الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٥/ ٣٨٠).

(وَإِذَا قَالَ الزَّوجُ: قَد رَاجَعتُكِ، فَقَالَت مُجِيبَة لَهُ: قَد انقَضَت عِدَّتِي، لَم تَصِحَّ الرَّجعَةُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَقَالَا: تَصِحُّ الرَّجعَةُ(*) لِأَنَّهَا صَادَفَت العِدَّةَ، إذ هِيَ بَاقِيَةٌ ظَاهِرًا إِلَى أَن تُخبِرَ وَقَد سَبَقَتهُ الرَّجعَةُ، وَلِهَذَا لَو قَالَ لَهَا: طَلَّقتُك فَقَالَت مُجِيبَة لَهُ: قَد انقَضَت عِدَّتِي، يَقَعُ الطَّلَاقُ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله: أَنَّهَا صَادَفَت حَالَةَ الِانقِضَاءِ،

وفي الجواهر: لو قال راجعتك الآن، فقالت: انقضت عدتي أمس، أو قال: راجعتكِ أمس، فقالت: انقضت عدتي أمس[(١)]؛ فالقول لها؛ لأنه لا يملك الإنشاء فلا يملك الإسناد والإجبار.

قوله: (فَقَالَتْ مُجِيبَةً)؛ أي: موصولًا بكلام الزوج؛ حتى لو مكثت ساعة ثم قالت: انقضت عدتي، فقال الزوج مجيبًا لها وموصولًا: راجعتكِ؛ لا تصح الرجعة بالاتفاق. ذكره في شرح الطحاوي[(٢)].

وبقول أبي حنيفة قال الشافعي. ذكره في الروضة[(٣)]، وأحمد[(٤)].

وتلقب المسألة بالمجيبة.

(لأنها) أي: الرجعة **(صادفَت)** الانقضاء.

(وقد سبقته الرجعة) أي: سبقت الرجعة إخبار المرأة بانقضاء العدة؛ فصحت الرجعة وسقطت العدة، ولا ولاية لها بعد سقوطها كما لو سكتت ساعة ثم أخبرت.

ولأنها صارت متهمة في الإخبار بالانقضاء بعد الرجعة فلا يقبل خبرها؛ كما [لو][(٥)] قال الموكل للوكيل: عزلتُكَ، فقال الوكيل: بعتُ؛ حيث لا يصدق الوكيل؛ لكونه متهمًا وغير قادر على الإنشاء؛ فكذا هذا.

(أنها)؛ أي: الرجعة **(صادفت حالة الانقضاء)**؛ أي: انقضاء العدة، أو بعد

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) أو قالت: انقضت عدتي، فقال: راجعتكِ بالأمس. عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٥٤٣).

(٢) شرح مختصر الطحاوي للجصاص (٥/ ١٤٢).

(٣) روضة الطالبين للنووي (٨/ ٢٢٤).

(٤) انظر: الهداية للكلوذاني (ص ٤٦٣)، المغني لابن قدامة (٧/ ٥٢٨).

(٥) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

لِأَنَّهَا أَمِينَةٌ فِي الإِخبَارِ عَنِ الاِنقِضَاءِ، فَإِذَا أَخبَرَت دَلَّ ذَلِكَ عَلَى سَبقِ الاِنقِضَاءِ وَأَقرَبُ أَحوَالِهِ حَالُ قَولِ الزَّوجِ وَمَسأَلَةُ الطَّلَاقِ عَلَى الخِلَافِ، وَلَو كَانَت عَلَى

انقضاء العدة؛ (**لأنها أمينة**) أخبرت عن أمر محتمل، ومتى قبل قولها لابدَّ أن يحكم بالإبقاء سابقًا على كلامها؛ لأن صحة الخبر تقتضي سابقة وجود المخبر به بزمان أو بأزمنة، فإن كان بأزمان؛ فقد صادفت الرجعة بعد الانقضاء، وإن كان بزمان؛ فقد صادفت حالة الانقضاء.

والرجعة لا تصح مع الانقضاء ولا بعده؛ لأن الرجعة شرعت بالنص في حال بقاء العدة من كل وجه، وحالة الانقضاء لا تكون العدة موجودة من كل وجه فلا تثبت الرجعة؛ ألا ترى لو قال: أنتِ طالق مع انقضاء عدتكِ لا يقعُ عند انقضائها؛ لأن المزيل لا يعمل إذا قارن الزوال، وكذا المثبت لا يعمل حال الزوال؛ إذْ هما في الاستحالة على السواء؛ لأن في أحدهما إزالة الزائل.

فإن قيل: لما كان قولها "انقضت عدتي" يقتضي سابقة الانقضاء، فقوله "راجعتُ" أيضًا يقتضي سابقة الرجعة؛ فتكون الرجعة سابقة على الانقضاء.

قلنا: قوله "راجعتُ" إنشاء؛ إذْ هو إثبات أمر لم يكن فلا يقتضي سبق الرجعة، أما قولها "انقضَتْ" إخبار؛ لأنه إظهار أمر قد كان، ولأن الشرع جعلها أمينة والزوج مدع؛ فكان القول للأمين في كل قول اختلف المدعي مع الأمين.

وفي المبسوط: أنها أمينة ولا يمكنها الإخبار إلا بعد الانقضاء، فإذا أخبرت؛ عرفنا ضرورة أن الانقضاء سابقٌ وأقرب أحواله حال قول الزوج، بخلاف ما إذا سكتت ساعة؛ فإن أقرب الأحوال للانقضاء حال السكوت[١].

وفي مبسوط فخر الإسلام: أن الواجب عليها أن تخبر متصلًا بكلامه[٢]، فلما سكتت ولم تجز؛ فالظاهر أنها كاذبة.

ومسألة الطلاق على الخلاف، والأصح أنه يقع؛ لإقرار الزوج بالوقوع،

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ٢٤).
(٢) تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٥٣).

الِاتِّفَاقِ، فَالطَّلَاقُ يَقَعُ بِإِقْرَارِهِ بَعدَ الِانقِضَاءِ، وَالمُرَاجَعَةُ لَا تَثبُتُ بِهِ (وَإِذ قَالَ زَوجُ الأَمَةِ بَعدَ انقِضَاءِ عِدَّتِهَا: كُنت رَاجَعتهَا في العدة وَصَدَّقَهُ المَولَى وَكَذَّبَته الأَمَةُ فَالقَولُ قَولُهَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: القَولُ قَولُ المَولَى)(*) لِأَنَّ بُضعَهَا مَملُوكٌ لَهُ،

كما لو قال بعد انقضاء العدة: كنت طلقتها في العدة كان مصدقًا بخلاف الرجعة[١].

وفي الروضة: قولها إخبار وقوله إنشاء، والإخبار سابق على الإنشاء[٢].

وفي المبسوط: أقام الزوج البينة أنه قال في عدتها: قد راجعتُها، أو جامعتُها؛ كان ذلك له إذِ الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة، قال: وهذا من عجيب المسائل؛ فإنه يُثبت إقرار نفسه بالبينة بما لو أقرَّ به في الحال لم يكن مقبولًا منه[٣].

وفي الروضة: لو اتفقا على انقضاء العدة واختلفا في الرجعة؛ فالصحيح أن القول لها، عليه الجمهور.

ولو اتفقا على الرجعة يوم الجمعة، وقالت: انقضت عدتي يوم الخميس، وقال الزوج: يوم السبت؛ فهل يصدق بيمينه أم هي أم السابق بالدعوى؟

فيه ثلاثة أوجه، الصحيح الأول.

ولو كانت العدة باقية؛ فالصحيح أن القول له؛ لأنه يملك الإنشاء فلا تهمة في الإخبار، وقيل: القول لها[٤].

قوله: (قولها)؛ أي: قول الأمة **(عند أبي حنيفة)** وزفر.

وفي الإشراف: وهو قول الشافعي وأبي ثور وابن المنذر[٥].

وفي المغني: وهو قول مالك وأحمد[٦].

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.
(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ٢٤).
(٢) روضة الطالبين للنووي (٨/ ٢٢٥).
(٣) المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ٢٣).
(٤) روضة الطالبين للنووي (٨/ ٢٢٣).
(٥) الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٥/ ٣٨٠).
(٦) المغني لابن قدامة (٧/ ٥٣٠).

فَقَدْ أَقَرَّ بِمَا هُوَ خَالِصُ حَقِّهِ لِلزَّوجِ، فَشَابَهُ الإِقرَارَ عَلَيهَا بِالنِّكَاحِ، وَهُوَ يَقُولُ: حُكمُ الرَّجعَةِ يُبتَنَى عَلَى العِدَّةِ، وَالقَولُ فِي العِدَّةِ قَولُهَا، فَكَذَا فِيمَا يُبتَنَى عَلَيهَا، وَلَو كَانَ عَلَى القَلبِ فَعِندَهُمَا: القَولُ قَولُ المَولَى، وَكَذَا عِندَهُ فِي الصَّحِيحِ، لِأَنَّهَا مُنقَضِيَةٌ

وفي الحلية: فكل موضع قلنا: القول للزوج في الحرة؛ قبل قوله هاهنا، وفي كل موضع قلنا: القول لها؛ فالذي يجيء على المذهب [٤٥٥/ب] أن القول للزوج والسيد. وهو قول أبي يوسف ومحمد[(١)].

وفي شرح الوجيز قال صاحب التهذيب: القول لها كمذهب أبي حنيفة ولا أثر لقول السيد[(٢)].

(فشابه الإقرار عليها بالنكاح) يعني: دعوى الرجعة من الزوج كدعوى ابتداء النكاح، ولو ادَّعى ابتداء النكاح بعد العدة وصدقه المولى على ذلك وكذبته الأمة؛ يثبت النكاح ويعتبر قول المولى؛ كذا هاهنا بل أولى؛ لأنه لما ثبت الملك ابتداءً بتصديقه؛ لأن يثبت الدوام عليه بالرجعة أولى.

(يبتنى على العدة) أي: قيامها.

(والقول في العدة)؛ أي: بقاء[(٣)] وانقضاء **(قولها)** دون المولى بخلاف التزويج والإقرار عليها؛ لأن هذا تصرف فيما هو مملوكٌ له، أما صحة الرجعة فإنما يكون حال قيام العدة ولا ملك للمولى في بضعها ولا تصرف عند ذلك، فكان القول فيه قولها.

(على القلب) بأن كذبه المولى وصدَّقته الأمة فالقول للمولى ولا تثبت الرجعة، أما عندهما فظاهر.

(وكذا عنده في الصحيح)؛ أي عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الاستحقاق ظاهر واقع، والمولى منازع كالأمة؛ فما لم يتفقا على صحة الرجعة لا يحكم بصحتها.

وفي الينابيع: هو على الخلاف أيضًا، وقال بعض أصحابنا: لا يقضى

---

(١) حلية العلماء للشاشي (٧/ ١٢٩).

(٢) العزيز شرح الوجيز للرافعي (٩/ ١٩٤).

(٣) في الأصل: (بعد قيامها) وما أثبتناه من النسخة الثانية.

العِدَّةِ فِي الحَالِ، وَقَد ظَهَرَ مِلكُ المُتعَةِ لِلمَولَى، فَلَا يُقبَلُ قَولُهَا فِي إبطَالِهِ، بِخِلَافِ الوَجهِ الأَوَّلِ، لِأَنَّ المَولَى بِالتَّصدِيقِ فِي الرَّجعَةِ مُقِرٌّ بِقِيَامِ العِدَّةِ عِندَهَا، وَلَا يَظهَرُ مِلكُهُ مَعَ العِدَّةِ (وَإِن قَالَت: قَد انقَضَت عِدَّتِي، وَقَالَ الزَّوجُ وَالمَولَى: لَم تَنقَضِ

بشيءٍ حتى يتفق المولى والأمة، وفي المبسوط: لا تثبت الرجعة بالاتفاق ولم يقل في الصحيح[١].

ولو قالت: انقضت عدتي، ثم قالت: لم تنقضِ؛ فله رجعتها؛ لأنها أقرت بكذبها فيما يثبت به الحق عليها.

ولو راجعها ولم يعلم بها حتى انقضت عدتها وتزوجت بآخر؛ فهي امرأته دخل بها الثاني أو لا، ويفرق بينها وبين الثاني.

وفي المغني: هذا هو الصحيح، وهو مذهب أكثر الفقهاء منهم: الثوري، والشافعي، وأبو عبيد، ورُوي ذلك عن علي[٢].

وأحمد في رواية [ثانية][٣]: لو دخل بها الثاني؛ فهي امرأته وبطل نكاح الأول، ويروى ذلك عن عمر رضي الله عنه، وبه قال: مالك، وابن المسيب، وعبد الرحمن بن القاسم[٤].

وهو [قول][٥] الظاهرية؛ بناءً على أن الرجعة لا تصح عندهم [بدون][٦] إعلامها[٧].

وفي الحلية: فهي للأول دخل بها الثاني أم لا.

وقال مالك: لو دخل بها الثاني فهو أحق بها وبطل نكاح الأول، وإن لم

---

(١) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ١٦٦).
(٢) لأن الرجعة قد صحت، وتزوجت وهي زوجة الأول، فلم يصح نكاحها، كما لو لم يطلقها. المغني (٧/ ٥٣٣).
(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من المغني.
(٤) كل منهما عقد عليها، وهي ممن يجوز له العقد في الظاهر، ومع الثاني مزية الدخول، فقدم بها. المغني (٧/ ٥٣٣).
(٥) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٦) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٧) المحلى بالآثار لابن حزم (١٠/ ٢١).

عِدَّتُك، فَالقَولُ قَولُهَا) لِأَنَّهَا أَمِينَةٌ فِي ذَلِكَ، إذ هِيَ العَالِمَةُ بِهِ .(وَإِذَا انقَطَعَ الدَّمُ مِن الحَيضَةِ الثَّالِثَةِ لِعَشرَةِ أَيَّام انقَطَعَت الرَّجعَةُ وَإِن لَم تَغتَسِل، وَإِن انقَطَعَ لِأَقَلَّ مِن عَشَرَةِ أَيَّام لَم تَنقَطِع الرَّجعَةُ حَتَّى تَغتَسِلَ أَو يَمضِيَ عَلَيهَا وَقتُ صَلَاة كَامِل) لِأَنَّ الحَيضَ لَا مَزِيدَ لَهُ عَلَى العَشَرَةِ، فَبِمُجَرَّدِ الِانقِطَاعِ خَرَجَت مِن الحَيضِ فَانقَضَت العِدَّةُ وَانقَطَعَت الرَّجعَةُ، وَفِيمَا دُونَ العَشَرَةِ يُحتَمَلُ عَودُ الدَّمِ، فَلَا بُدَّ أَن يَعتَضِدَ الِانقِطَاعُ بِحَقِيقَةِ الِاغتِسَالِ أَو بِلُزُومِ حُكم مِن أَحكَامِ الطَّاهِرَاتِ بِمُضِيِّ وَقتِ الصَّلَاةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَت كِتَابِيَّة، لِأَنَّهُ لَا يُتَوَقَّعُ فِي حَقِّهَا أَمَارَةٌ زَائِدَةٌ فَاكتَفَى

يكن دخل بها ففيه روايتان، في رواية: الثاني أحق بها[1].

(العالمة به)؛ أي: بانقضاء العدة.

قوله: (أو يمضي عليها وقت صلاة) في الينابيع: يمضي عليها وقت أقرب عليها مع القدرة على الاغتسال[2].

قيل: فيما إذا تمت عشرة أيام؛ لا تحتاج إلى الانقطاع في الانقضاء وانقطاع الرجعة؛ لأن ما زاد على العشرة استحاضة.

إلا إذا كان لها عادة؛ تُرَدُّ إلى أيام عادتها؛ فيجوز أن تنقضي عدتها قبل العشرة[3] إذا لم ينقطع على العشرة.

(حكم من أحكام الطاهرات) وهو وجوب الصلاة (بمضي) الوقت مع القدرة على الاغتسال، وفيه خلاف زفر.

(بخلاف ما إذا كانت كتابية)؛ حيث تنقطع بنفس الانقطاع؛ لأنها لا تكلف للاغتسال ولا تجبُ عليها الصلاة.

ولو اغتسلت بسؤر الحمار مع وجود الماء المطلق؛ تنقطع الرجعة لكنها لا تصلي معها حتى تغتسل بالماء المطلق أو تتيمم؛ لاحتمال نجاسة ذلك الماء

---

(١) حلية العلماء للشاشي (٧/ ١٢٨).
(٢) وفي البناية: أو يمضي عليها وقت أقرب الصلاة. (٥/ ٤٦٣).
(٣) وفي البناية: إلا إذا كان لها عادة تزيد على أيام عادتها، فيجوز أن تنقضي عدتها على العشرة. (٥/ ٤٦٣).

بِالِانقِطَاعِ، وَتَنقَطِعُ إِذَا تَيَمَّمَت وَصَلَّت عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَهَذَا استِحسَانٌ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: إِذَا تَيَمَّمَت انقَطَعَت(*)، وَهَذَا قِيَاسٌ، لِأَنَّ التَّيَمُّمَ حَالَ عَدَمِ المَاءِ طَهَارَةٌ مُطلَقَةٌ حَتَّى يَثبُتُ بِهِ مِن الأَحكَامِ مَا يَثبُتُ بِالِاغتِسَالِ فَكَانَ بِمَنزِلَتِهِ. وَلَهُمَا: أَنَّهُ مُلَوَّثٌ غَيرُ مُطَهِّرٌ، ....

احتياطًا. ذكره في المبسوط[١].

وبقول محمد[٢] قال زفر وأحمد[٣].

قوله: (حتى يثبت)؛ برفع يثبت؛ لأن "حتى" هنا ليست للغاية؛ إذِ الأحكام ثابتة؛ وهي: قراءة القرآن، ودخول المسجد، وسجدة التلاوة، ومس المصحف.

(فكان) أي: التيمم.

(بمنزلته) أي: بمنزلة الاغتسال، والحكم بسقوط الرجعة يؤخذ فيه بالاحتياط، ولهذا لو اغتسلت وبقيت لمعة؛ تنقطع الرجعة احتياطًا، وكذا لو اغتسلت بسؤر الحمار؛ لم يحل أداء الصلاة في هذين الموضعين؛ فهاهنا أولى أن تنقطع الرجعة وقد حلَّ لها أداء الصلاة[٤].

ولا يلزم عليه أن يحل لها التزوج بآخر؛ لأن التيمم وإن قام مقام الاغتسال إلا أنه أضعف منه؛ فالاحتياط في التزوج بزوج [آخر]؛ ألا تنقطع الرجعة حتى [لا][٥] يأتيها الزوج الثاني في الشبهة.

قوله: (أَنَّهُ مُلَوَّثٌ غَيْرُ مُطَهِّرٌ)؛ أي: حقيقة لا شرعًا، وإنما قال: ملوث بحسب الغالب، وإن كان يجوز التيمم بالحجر الأملس عند أبي حنيفة وبالرمل

(*) **الراجح: قول محمد.**

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢٩)، تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٥٤).

(٢) وهو قوله بالمتن: وقال محمد - رَحِمَهُ اللَّهُ - إذا تيممت انقطعت.

(٣) لأن التيمم جاز بدل الغسل. انظر: مسائل الإمام أحمد وإسحاق (٤/ ١٥٩٣)، المغني لابن قدامة (٨/ ١٠٣).

(٤) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢٩).

(٥) ما بين المعكوفتين زيادة من فتح القدير (٤/ ١٧٦).

وَإِنَّمَا اعتُبِرَ طَهَارَةٌ ضَرُورَةَ أَن لَا تَتَضَاعَفَ الوَاجِبَاتُ، وَهَذِهِ الضَّرُورَةُ تَتَحَقَّقُ حَالَ أَدَاءِ الصَّلَاةِ لَا فِيمَا قَبلَهَا مِنَ الأَوقَاتِ، وَالأَحكَامُ الثَّابِتَةُ أَيضًا ضَرُورِيَّةٌ اقتِضَائِيَّةٌ، ثُمَّ قِيلَ: تَنقَطِعُ بِنَفسِ الشُّرُوعِ عِندَهُمَا، ....

بالاتفاق، ولا غبار ثَمَّ ولا تلويث.

(**ضرورة أن لا تتضاعف الواجبات**) قيل: فيه نظر فإنه يجوز أداء النوافل ما يشاء بالتيمم عندنا [٤٥٦/أ] وليس به تضاعف الواجبات.

قيل في جوابه: هذا بيان الضرورة في أول مشروعيته، وبعد ما شرع يجوز أداء الفرائض والنوافل، أو النوافل تجوز تبعًا للفرائض.

قوله: (والأحكام)؛ أي: الأحكام المذكورة؛ وهي: القراءة ودخول المسجد ومس المصحف.

(**اقتضائية**)؛ لأن هذه الأحكام من توابع الصلاة؛ إذِ الصلاة لا تؤدى بدون القراءة؛ لأنها ركن الصلاة، وكذلك دخول المسجد إنما كان لحل الصلاة؛ لأن المسجد مكانها، وكذا مس المصحف؛ لأن حرمة المَسِّ لما كانت لأجل القرآن وقد صار التيمم طهارة فيما يرجع إلى حرمة القرآن[١]، وكذا سجدة التلاوة؛ لأن السجدة ركن في الصلاة وقد تجب فيها. كذا في الطريقة البرغرية[٢].

فكان هذا جوابًا عن حرف محمد حيث قال: كما أن الصلاة تحل بالتيمم فكذلك تحل هذه الأحكام؛ فعُلِم أنه طهارة مطلقة، فقال: بثبوت هذه الأحكام؛ لا يخرج عن كونه ضروريا، ولا ضرورة في حق الرجعة عند عدم الماء كهو مع وجود الماء بسؤر الحمار؛ فالطهارة به قوية لكونها اغتسالًا بالماء ولكنها تضم التيمم إليها احتياطًا لاشتباه الأدلة؛ ولهذا تنقطع به الرجعة ولا تحل لزوج آخر حتى تغتسل بماءٍ آخر احتياطًا.

فأما إذا بقي لمعة تنقطعُ الرجعة لتوهم وصول الماء إلى ذلك الموضع

---

(١) لأنه قد يحتاج إلى مس المصحف للقراءة في الصلاة لنسيان أو غلط أو زيادة إتقان. فتح القدير (٤/ ١٦٩).
(٢) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢٩).

وَقِيلَ: بَعدَ الفَرَاغِ لِيَتَقَرَّرَ حُكمُ جَوَازِ الصَّلَاةِ.

(وَإِذَا اغتَسَلَت وَنَسِيَت شَيئًا مِن بَدَنِهَا لَم يُصِبهُ المَاءُ، فَإِن كَانَ عُضوا فَمَا فَوقَهُ لَم تَنقَطِعِ الرَّجعَةُ، وَإِن كَانَ أَقَلَّ مِن عُضو انقَطَعَت) قَالَ ﷺ: وَهَذَا استِحسَانٌ. وَالقِيَاسُ فِي العُضوِ الكَامِلِ أَن لَا تَبقَى الرَّجعَةُ، لِأَنَّهَا غَسَلَت الأَكثَرَ، وَالقِيَاسُ فِيمَا دُونَ العُضوِ أَن تَبقَى، لِأَنَّ حُكمَ الجَنَابَةِ وَالحَيضِ لَا يَتَجَزَّأُ.

وسُرعة الجفاف، فكانت طهارة قوية في نفسها. كذا في المبسوط[١].

وفي المحيط: تيممت وقرأت القرآن أو مسَّت المصحف أو دخلت المسجد، قال الكرخي: تنقطع به الرجعة؛ لأن صحة هذه الأحكام حكم من أحكام الطاهرات، وقال الرازي: لا تنقطع؛ لأنها طهارة ضرورية ولهذا لا تصلي به[٢].

وهاهنا شبهة مشهورة بين الناس: مما يتراءى مناقضة على القولين في هذه المسألة، والمسألة المتقدمة وهي إمامة المتيمم للمتوضئين وقد بينا جوابها في كتاب الطهارة في باب الإمامة.

قوله: (وقيل بعد الفراغ) وهو الصحيح؛ لأن الحال بعد الشروع فيها كالحال قبله؛ ألا ترى أنه لو رأى الماء في الصلاة لا يبقى لتيممه أثر بخلاف ما بعد الصلاة. كذا في المبسوط[٣].

(قوله: **أقل من عضو)** في المحيط والينابيع: نحو الأصبع[٤] وكذا بعضُ الساعد، وبعض العضد دون العضو، والعضو الكامل: كاليد والرجل.

(لأنها غسلت الأكثر) قيل: إقامة الأكثر مقام الكل ليس بقياس. والأصح أنه قياس؛ كما في سائر المسائل، خصوصًا في حكم لا يتجزأ.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢٩).
(٢) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٢٦)، وتبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٥٤).)
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٣٠).
(٤) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٢٦).

وَوَجهُ الِاستِحسَانِ: وَهُوَ الفَرقُ أَنَّ مَا دُونَ العُضوِ يَتَسَارَعُ إِلَيهِ الجَفَافُ لِقِلَّتِهِ، فَلَا يَتَيَقَّنُ بِعَدَمِ وُصُولِ المَاءِ إِلَيهِ، فَقُلنَا بِأَنَّهُ تَنقَطِعُ الرَّجعَةُ وَلَا يَحِلُّ لَهَا التَّزَوُّجُ أَخذًا بِالِاحتِيَاطِ فِيهِمَا، بِخِلَافِ العُضوِ الكَامِلِ، لِأَنَّهُ لَا يَتَسَارَعُ إِلَيهِ الجَفَافُ وَلَا يَغفُلُ عَنهُ عَادَةً فَافتَرَقَا. وَعَن أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى -: أَنَّ تَركَ المَضمَضَةِ وَالِاستِنشَاقِ كَتَركِ عُضوٍ كَامِلٍ. وَعَنهُ وَهُوَ قَولُ مُحَمَّد رَحمَةُ اللَّهِ تَعَالَى عَلَيهِ: هُوَ بِمَنزِلَةِ مَا دُونَ العُضوِ، لِأَنَّ فِي فَرضِيَّتِهِ اختِلَافا بِخِلَافِ غَيرِهِ مِن الأَعضَاءِ.

قوله: (فلا يتيقن بعدم وصول الماء إليه) وفي المحيط: لو تيقنت بعدم وصول الماء إليها بأن منعت عنها قصدًا؛ لا تنقطع الرجعة[١].

(وعنه) أي: عن أبي يوسف **(وهو قول محمد)**.

في المحيط: لو بقي أحد المنخرين؛ لم تنقطع الرجعة بالاتفاق[٢].

فَرْعٌ: اختلف الفقهاء والصحابة والتابعون في المدة التي تُصَدَّق فيها المرأة في انقضاء العدة:

فقال أبو حنيفة: أقلها شهران: ثلاث حيض بشهر، وطهران بشهر. أو ثلاثة أطهار بخمس وأربعين يومًا وثلاث حيض بخمسة عشر يومًا كل حيض خمسة أيام.

وقال أبو يوسف ومحمد: تسعة وثلاثون يومًا.

وقال شريح: لو ادَّعت ثلاث حيض في شهر، أو [في][٣] خمسة وثلاثين يومًا، وجاءت البينة من النساء العدول من بطانة أهلها أنها رأت الحيض وتغتسل عند كل قُرء وتصلي؛ فقد انقضت عدتها؛ قال له علي رضي الله عنه "قالون" ومعناه بالرومية: أحسنت[٤].

والمذهب الرابع: أنها تُصَدَّق في أكثر من اثنين وثلاثين يومًا. وهو مذهب

---

(١) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٢٦). (٢) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٢٧).
(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) أخرجه سعيد بن منصور (١/ ٣٥١، برقم ١٣١٠)، وابن أبي شيبة (٤/ ٢٠٠، برقم ١٩٢٩٦)، والبخاري معلقا(١/ ٧٢).

(وَمَن طَلَّقَ امرَأَتَهُ وَهِيَ حَامِلٌ، أَو وَلَدَت مِنهُ، وَقَالَ: لَم أُجَامِعهَا فَلَهُ الرَّجعَةُ) لِأَنَّ الحَبَلَ مَتَى ظَهَرَ فِي مُدَّة يُتَصَوَّرُ أَن يَكُونَ مِنهُ جُعِلَ مِنهُ لِقَولِهِ ﷺ: «الوَلَدُ

الشافعي أو قول منه[١].

والمذهب الخامس: قال أبو ثور: لا تصدَّق في أقل من سبعة وأربعين يومًا، على أن أقل الحيض يوم، وأقل الطهر خمسة عشر يومًا[٢].

والمذهب السادس: قاله مالك في الجواهر: أربعون يومًا[٣].

والسابع: قاله إسحاق ابن راهويه وأبو عبيد: إن كان لها أقراء معلومة يعرفها بطانة أهلها؛ تُصدق على [ما][٤] تشهد به، وإلا؛ تصدق في أقل من ثلاثة أشهر[٥].

والثامن: أقله تسعة وعشرون يومًا. قالته الحنابلة، وقالوا: هذا إن قلنا أقل الطهر ثلاثة عشر يومًا. وإن قلنا خمسة عشر يومًا؛ تزداد أربعة أيام فيكون ثلاثة وثلاثين.

قالوا: وإن قلنا القرء الطهر، [وأقل الطهر][٦] ثلاثة عشر يومًا؛ تنقضي عدتها بثمانية وعشرين يومًا، وإن قلنا: أقل الطهر خمسة عشر يومًا؛ يزداد على ذلك أربعة أيام فيصير اثنين وثلاثين[٧].

فصارت المذاهبُ فيه أحد عشر؛ ذكر بعضه ابن المنذر في الإشراف، وبعضه في المغني لابن قدامة من الحنابلة[٨].

---

(١) انظر: نهاية المطلب للجويني (١٤/ ٣٤٠)، حلية العلماء للشاشي (٧/ ٣٢٠).
(٢) انظر: الإشراف لابن المنذر (٥/ ٣٨١).
(٣) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٥٤٢).
(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٥) انظر: الإشراف لابن المنذر (٥/ ٣٨١).
(٦) ما بين المعكوفتين زيادة من المغني.
(٧) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥٢٥).
(٨) الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٥/ ٣٨٠)، المغني لابن قدامة (٧/ ٥٢٥).

لِلفِرَاشِ» وَذَلِكَ دَلِيلُ الوَطءِ مِنهُ، وَكَذَا إِذَا ثَبَتَ نَسَبُ الوَلَدِ مِنهُ جُعِلَ وَاطِئًا، وَإِذَا ثَبَتَ الوَطءُ تَأَكَّدَ المِلكُ، وَالطَّلَاقُ فِي مِلكٍ مُتَأَكِّد يَعقُبُ الرَّجعَةَ ....

قال ابن المنذر(١): والزوج أحق برجعتها [٤٥٦/ب] حتى تغتسل من الحيضة الثالثة، وبه قال أبو بكر وعمر وعثمان وعلي وابن مسعود وأبو موسى الأشعري واسمه عبد الله بن قيس وعبادة وأبو الدرداء وابن المسيب والثوري وإسحاق وأبو عبيد.

وقال طاووس وسعيد بن جبير والأوزاعي: هو أحق بها ما دامت في الدم.

وقال الثوري: له الرجعة حتى يمضي عليها وقت الصلاة التي طهرت في وقتها.

وعن ابن عباس: لو حاضت الثالثة برئت منه.

وعن شريك بن عبد الله القاضي: له الرجعة ما لم تغتسل ولو فرطت في الغسل عشرين سنة. وهذا بعيدٌ جدًا؛ فحينئذٍ لا تنقضي عدتها بعد مائة قُرء، وهو خلاف نص القرآن.

قال [ابن](٢) المنذر: هذه الأقوال كلها على مذهب من يقولُ: القرء الحيض.

وفيه قولٌ سادسٌ من يقول: إن الأقراءَ الأطهارُ، له الرجعة حتى الحيضة الثالثة إذا كان طلقها وهي طاهرة. وعُدَّ هذا قول الشافعي(٣)، ومالك(٤)، وأبي عبيد، وزيد بن ثابت، وابن عمر، وعائشة، وقاسم، وسالم، وأبان بن عثمان.

قال ابن حنبل: كنت أقول بقول زيد، ثم أخذت الآن بقول علي وعبد الله(٥).

---

(١) الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٥/ ٣٨٢)، وكذا حكى المذاهب ابن عبدالبر بالاستذكار (٦/ ١٥٠).

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٣) انظر: الأم للشافعي (٥/ ٢٢٥).

(٤) انظر: المدونة لابن القاسم (٢/ ٢٣٤).

(٥) انظر: مسائل الإمام أحمد رواية أبي داود (صـ٢٥٣).

....

وفي المبسوط: كل سقط لم يستبين رأسه[١]؛ لأنه في حكم الدم، وإن استبان بعض خلقه؛ تنقضي.

وفي الينابيع: لو خرج نصف بدنه غير الرأس تنقضي، ولو خرج النصفُ من البدن[٢] غير الرجلين فكذلك. قال محمد: نصف بدنه من إليتيه إلى منكبيه ولا يعتدُّ بالرِّجلين والرأس[٣].

وفي الهاروني: لو خرج أكثر البدن؛ لا تصح الرجعة وتزوج بغيره.

وكان الشافعي يمتحنُ بالماء الحار فإن تحلل فهو دمٌ وإلا فولد. ذكره في المبسوط[٤].

وفي الروضة: ادَّعت وضعَ سقطٍ لا تُصدَّق في أقل من ثمانين يومًا ولحظتين في ظاهر قول الشافعي، ولا تنقضي العدة قبل المضغة[٥].

وفي البسيط: ادَّعت سُقوط لحم لم يظهر فيه التخطيط ففي الانقضاء قولان، ويشترط أن يكون أكثر من ثمانين يومًا[٦].

وفي المغني: لا يقبلُ في وضع السقط في أقل من ثمانين يومًا[٧].

وفي الجواهر: ويستوي في الانقضاء: العلقة، والمضغة المُخلَّقة وغير المُخلَّقة، وكل ما يعرف النساء أنه حمل[٨].

وفي الزوجية: تنقضي بوضع ما ظهر فيه صورة آدمي، فإن لم يظهر؛ قولان.

ولو وضعت سقطًا أو مضغة إذ اكتفينا بها؛ صُدِّقت بيمينها. وقيل: لا

---

(١) لا تنقضي به العدة؛ لأنه ليس له حكم الولد. المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢٦).
(٢) في الأصل: (الرجلين) وما أثبتناه من المحيط.
(٣) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٦٠).
(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢٦).
(٥) روضة الطالبين للنووي (٨/ ٢١٨).
(٦) البسيط للغزالي (١٠١٢).
(٧) المغني لابن قدامة (٧/ ٥٢٧).
(٨) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٥٤٢).

....

تُصدَّق مطلقًا، والتمام ستة أشهر ولحظتان.

ولو ادَّعت فيه ظهور الصورة؛ فأقل مدته أربعة أشهر ولحظتان.

وفي البسيط: يشترط أكثر من مائة وعشرين يومًا.

ولو طلقت في حيض أو نفاس لا يقبل في أقل من ستة وأربعين يومًا وساعتين.

وعند أبي حنيفة لا يقبل في النفاس قولها في أقل من مائة يوم؛ لأن الحيض لا يكون في مدة النفاس، وإذا عاودها الدم في الأربعين كان نفاسًا(١).

وعنه: خمسة وثمانين يومًا(٢)، يزاد خمسة وعشرون يومًا. والأول رواية الحسن(٣).

وقيل: مائة وخمسة عشر يومًا(٤)، ويزاد طهرٌ خمسةَ عشرَ يومًا.

وقال أبو يوسف: خمسة وستون؛ [لأن] أحد عشر نفاس(٥).

وقال محمد: أربعة وخمسون وساعة، وهي النفاس(٦).

---

(١) البسيط للغزالي (١٠١١).

(٢) وهذا من رواية محمد، لأن أقل النفاس خمسة وعشرون يوما، وثلاثة أطهار بخمسة وأربعين يوما، وثلاث حيض بخمسة عشر يوما. المبسوط للسَّرَخْسِي (٣/ ٢١٧).

(٣) أي: لا تصدق في أقل من مائة يوم؛ لأنها تكون نفساء خمسة وعشرين يومًا، وطاهرًا خمسة عشر يومًا، وحائضًا عشرة أيام، وطاهرًا خمسة عشر يومًا، وحائضًا عشرة أيام، وطاهرًا خمسة عشر يومًا، وحائضًا عشرة أيام، فذلك مائة يوم. شرح مختصر الطحاوي للجصاص (٥/ ١٤٧).

(٤) وهذا من رواية أبي سهل الفرائضي؛ حيث جعل نفاسها أربعين يوما، ثم بعد النفاس طهر خمسة عشر فذلك خمسة وخمسون، إذا ضممت إليه ستين يوما كان مائة يوم وخمسة عشر يوما. المبسوط للسَّرَخْسِي (٣/ ٢١٨).

(٥) أي: لأنها نفساء أحد عشر يومًا؛ فمدة النفاس في العادة أكثر من مدة الحيض، وإن كان قد تكون ساعة، ثم جعلها طاهرًا خمسة عشر يومًا، وحائضًا ثلاثة أيام، وطاهرًا خمسة عشر يومًا، وحائضًا ثلاثة أيام، وطاهرًا خمسة عشر يومًا، وحائضًا ثلاثة أيام، فذلك خمسة وستون يومًا. شرح مختصر الطحاوي للجصاص (٥/ ١٤٧).

(٦) وذلك لأن أقل النفاس ساعة، ثم طهرت خمسة عشر يومًا، وحاضت ثلاثة أيام، وطهرت خمسة عشر يومًا، وحاضت ثلاثة أيام. شرح مختصر الطحاوي للجصاص (٥/ ١٤٧).

وَيَبْطُلُ زَعمُهُ بِتَكذِيبِ الشَّرعِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَثْبُتُ بِهَذَا الوَطءِ الإِحصَانُ، ....

قوله: (ويبطل زعمه بتكذيب الشرع)؛ لأنه لما ثبت نسبه منه دلَّ على وطئه؛ لأن النسب لا يخلو عن الماء، ولا ماء بلا وطء، فكأن الشرع جعله واطئاً فكان في قوله: (لم أجامعها) مُكَذَّبًا شرعًا وإن كان صريحًا؛ لأن دلالة الشارع أقوى من صريحه؛ لاحتمال الكذب من العبد دون الشارع.

فإن قيل: يرد على اعتبار تكذيب الشرع مسائل منها: لو أقر بعين في يد غيره لإنسان، ثم اشتراها ثم استحقت من يده، ثم وصلت إليه بسبب من الشراء أو الهبة أو الوصية أو الإرث؛ يؤمر بتسليمها وإن صار مُكذَّبًا شرعًا.

وثانيها: لو أقرَّ أن عبد إنسان أعتقه سيده، أو [هو][(١)] حر الأصل، وكذَّبه مولاه ثم اشتراه؛ حكم بصحة شرائه، وصار مُكذَّبًا شرعًا في زعمه، ويحكم بحرية العبد.

وثالثها: أن المرأة لو ولدت من غائب، وطلبت فرض النفقة من القاضي لها ولولدها في ماله، وأقامت بيّنة، ثم حضر الزوج ونفاهُ؛ قطع نسبه، وإن حكم بكونه منه؛ حيث حكم لهُ بالنفقة، ولم يثبُت بذلك تكذيبه شرعًا في نفي الولد.

ورابعها: جاءت المطلقة بولدٍ لأكثر من سنتين؛ جُعل واطئًا مراجعًا؛ للعُلوق بعد الطلاق؛ إذِ القضاء بالنسب قضاء بالعلوق منه شرعًا، مع أنه يقطع نسبه منه باللعان ولم يجعل مكذبًا.

وخامسها: [٤٥٧/أ] لو طلقها بعد الخلوة، ثم قال: لم أجامعها؛ لم يملك الرجعة، وإن كان الشرع في ذلك؛ حيث أوجب فيه العدة وكمال المهر[(٢)].

قلنا: يعرف جواب هذه المسائل من الجامع.

والحاصل في الجواب: أن في إقراره هاهنا ما يتعلق بحق الغير،

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) أي: صار مكذباً شرعاً؛ حيث لا تجب العدة والمهر كاملاً إلا إذا كان الطلاق بعد الدخول.

فَلَأَن تَثبُتَ بِهِ الرَّجعَةُ أَولَى. وَتَأوِيلُ مَسأَلَةِ الوِلَادَةِ: أَن تَلِدَ قَبلَ الطَّلَاقِ، لِأَنَّهَا لَو وَلَدَت بَعدَهُ تَنقَضِي العِدَّةُ بِالوِلَادَةِ فَلَا تُتَصَوَّرُ الرَّجعَةُ.

قَالَ: (فَإِن خَلَا بِهَا وَأَغلَقَ بَابًا أَو أَرخَى سِترًا وَقَالَ: لَم أُجَامِعهَا، ثُمَّ طَلَّقَهَا لَم يَملِك الرَّجعَةَ) لِأَنَّ تَأَكُّدَ المِلكِ بِالوَطءِ وَقَد أَقَرَّ بِعَدَمِهِ فَيُصَدَّقُ فِي حَقِّ نَفسِهِ، وَالرَّجعَةُ حَقُّهُ وَلَم يَصِر مُكَذَّبًا شَرعًا، ....

والموجب للرجعة ثابت -وهو الطلاق بعد الدخول-؛ فيترتب عليه موجبه بخلاف ما ذكر من المسائل؛ لأنه تعلق به حق الغير وإن صار مكذبًا شرعًا. إليه أشير في الفوائد الظهيرية[١].

وجواب الخلوة يأتي بالمسألة التي بعدها.

(فلأن تثبت به الرجعة أولى) وجه الأولوية: إن للإحصان مدخل في وُجُوبِ العقوبة، ومع هذا يثبت بهذا الوطء؛ [فلأن تثبت به الرجعة التي ليست فيها جهة العقوبة أولى][٢].

ولأنه يلزم من ثبوت الرجعة ثبوت الإحصان كالأمة والنصرانية.

قوله: (أو أرخى سترًا) في الفوائد الظهيرية: ذكر هاهنا -أي: في الجامع- وأرخى بالواو، وذكر في كتاب الطلاق أو أرخى وهو الصحيح؛ لحصول الخلوة بأحدهما[٣].

(لم يملك الرجعة) لعدم ثبوت الوطء بالخلوة في حق الرجعة.

وقال أحمد: الخلوة كالإصابة في حق ثبوت الرجعة[٤]. وبه قال الشافعي في القديم[٥].

وقوله: (ولم يصر مكذبًا شرعًا) جواب عما يرد عليه كما أوردناه، ووجه

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٥٥)..
(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٤٦٧).
(٤) انظر: الهداية للكلوذاني (ص ٤٦٣)، والمغني لابن قدامة (٧/ ٥٢٩).
(٥) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ٣٢٢)، العزيز شرح الوجيز للرافعي (٩/ ١٧٧).

بِخِلَافِ المَهرِ، لِأَنَّ تَأَكُّدَ المَهرِ المُسَمَّى يُبتَنَى عَلَى تَسلِيمِ المُبدَلِ لَا عَلَى القَبضِ، بِخِلَافِ الفَصلِ الأَوَّلِ.

(فَإِن رَاجَعَهَا) مَعنَاهُ: بَعدَمَا خَلَا بِهَا وَقَالَ: لَم أُجَامِعهَا (ثُمَّ جَاءَت بِوَلَدٍ لِأَقَلَّ مِن سَنَتَينِ بِيَوم صَحَّت تِلكَ الرَّجعَةُ) لِأَنَّهُ يَثبُتُ النَّسَبُ مِنهُ، إذ هِيَ لَم تُقِرَّ بِانقِضَاءِ العِدَّةِ وَالوَلَدُ يَبقَى فِي البَطنِ هَذِهِ المُدَّةَ فَأُنزِلَ وَاطِئًا قَبلَ الطَّلَاقِ دُونَ مَا بَعدَهُ، لِأَنَّ عَلَى اعتِبَارِ الثَّانِي ....

الورود: أن الخلوة لما كانت مكملة للمهر شرعًا فيكون واطئاً شرعا؛ فبقوله: لم أجامعها يكون مكذِّبًا شرعًا.

فقال في جوابه: **(تأكد المهر)** على كذا، لا على الوطء، وحاصله: أن التكميل يبتني على التسليم بالتخلية؛ إذْ هي وسع مثلها لا حقيقة القبض؛ كما في تسليم المبيع والمستأجر، والرجعة حقه وهو قادر على القبض بالوطء فلا ضرورةَ لنا في أن نقيم الخلوة مقام الوطء؛ فافترقا؛ فلم يكن مكذِّبًا شرعًا.

وقول إمام الحرمين: أن العدة تستدعي سببًا في الشغل. باطل بالآيسة والصغيرة؛ فلا شغل فيهما، وليس ذلك بلازم العدة؛ لأن فيها معنى العبادة حتى أوجبتم العدة على الواطئ في دبرها في قول أو وجه.

وذكر أبو علي منهم: أنه لا يرتجعها. فقد أوجبوا العدة مع الشغل ومنعوا ارتجاعها.

ومن العلماء من منعَ وجوب العدة؛ ولكن الأصح وجوبها ديانة وقضاء؛ احتياطًا، ولا احتياط في إثبات ولاية الرجعة بل الاحتياط في المنع؛ ولهذا لم يثبت حلها بالخلوة للزوج الأول.

قوله: (وقال: لم أجامعها) لم تثبت الرجعة.

فولدت [بعد ذلك][(١)] **(أنزلَ واطئاً قبل الطلاق)** وإن كان الأصل في الحوادث أن تضاف إلى أقرب الأوقات.

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

يَزُولُ المِلكُ بِنَفسِ الطَّلَاقِ لِعَدَمِ الوَطءِ قَبلَهُ فَيَحرُمُ الوَطءُ، وَالمُسلِمُ لَا يَفعَلُ الحَرَامَ (فَإِن قَالَ لَهَا: إِذَا وَلَدتِ فَأَنتِ طَالِقٌ فَوَلَدَت ثُمَّ أَتَت بِوَلَد آخَرَ فَهِيَ رَجعَةٌ) مَعنَاهُ: مِن بَطن آخَرَ، وَهُوَ أَن يَكُونَ بَعدَ سِتَّةِ أَشهُر، وَإِن كَانَ أَكثَرَ مِن سَنَتَينِ إِذَا لَم تُقِرَّ بِانقِضَاءِ العِدَّةِ، لِأَنَّهُ وَقَعَ الطَّلَاقُ عَلَيهِ بِالوَلَدِ الأَوَّلِ وَوَجَبَت العِدَّةُ، فَيَكُونُ الوَلَدُ الثَّانِي مِن عَلُوقٍ حَادِثٍ مِنهُ فِي العِدَّةِ، لِأَنَّهَا لَم تُقِرَّ بِانقِضَاءِ العِدَّةِ فَيَصِيرُ مُرَاجِعًا (وَإِن قَالَ: كُلَّمَا وَلَدْتِ وَلَدًا فَأَنتِ طَالِقٌ، فَوَلَدَت ثَلَاثَةَ أَولَاد ....

لأنه حينئذٍ (يزولُ المُلك بنفس الطلاق؛ لعدم الوطء قبله).

والظاهر من حال (المسلم) أنه (لا يفعل الحرام).

ولا يقال في إنزاله واطئاً قبل الطلاق يلزمه كذبه بقوله: لم أجامعها.

فالظاهر أن المسلم لا يكذب؛ لأن الكذب أهون من الزنا.

ولأن النسب يحتاط في إثباته ويمكن وطئه قبل الطلاق؛ فكان قبل الطلاق حتى يثبت النسب.

قوله: (فهي رجعةٌ)؛ أي: الولادة والثانية؛ إذْ بالولادة الثانية يُعلم أن كان وطئها قبل وقوع الطلاق بالولد الأول.

و"أن" في **قوله**: (وإن كان أكثر من سنتين) للوصل؛ يعني: لما كان بين الولدين ستة أشهر لا يتفاوت بعد ذلك؛ لأن الولادة أقل من سنتين [بيوم؛ لا تكون رجعة][(١)] من وقت الطلاق، أو أكثر تثبِتُ الرجعة؛ لأن (الولد الثاني) يضاف [إلى][(٢)](علوق حادث) ولا محالة، وهي بالوطء بالطلاق. إليه أشير في جامع قاضي خان[(٣)].

فإن قيل: ذكر في كتاب الدعوى أن المطلقة طلاقًا رجعيًّا لو ولدت أقل من سنيتن بيوم لا يكون رجعة، وفي الأكثر من سنتين يكون رجعة؛ لاحتمال العلوق قبل الطلاق في الأول دون الثاني.

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٣) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٢٧).

فِي بُطون مُختَلِفَة فَالوَلَدُ الأَوَّلُ طَلَاقٌ، وَالوَلَدُ الثَّانِي رَجعَةٌ، وَكَذَا الثَّالِثُ) لِأَنَّهَا إِذَا جَاءَت بِالأَوَّلِ وَقَعَ الطَّلَاقُ وَصَارَت مُعتَدَّة، وَبِالثَّانِي صَارَ مُرَاجِعًا، لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ يَجعَلُ العُلُوق بِوَطء حَادِث فِي العِدَّةِ، وَيَقَعُ الطَّلَاقُ الثَّانِي بِوِلَادَةِ الوَلَدِ الثَّانِي، لِأَنَّ اليَمِينَ مَعقُودَةٌ بِكَلِمَةِ «كُلَّمَا» وَوَجَبَت العِدَّةُ، وَبِالوَلَدِ الثَّالِثِ صَارَ مُرَاجِعا لِمَا ذَكَرنَا، وَتَقَعُ الطَّلقَةُ الثَّالِثَةُ بِوِلَادَةِ الثَّالِثِ، وَوَجَبَت العِدَّةُ بِالأَقرَاءِ، لِأَنَّهَا حَائِلٌ مِن ذَوَاتِ الحَيضِ حِينَ وَقَعَ الطَّلَاقُ (وَالمُطَلَّقَةُ الرَّجعِيَّةُ تَتَشَوَّفُ وَتَتَزَيَّنُ) لِأَنَّهَا حَلَالٌ لِلزَّوجِ، ....

قلنا: قد سقط هذا الاحتمال هاهنا؛ لأنهما إذا كانَا من بطنين كان الثاني من علوق حادث ضرورة، وإلا لصار مع الولد الأول من بطن واحد، والإيجاد لا يثبت[١] بالشك.

قوله: (في بطون مختلفة) بأن يكون بينهما ستة أشهر، أما لو كانت الولادة[٢] في بطن واحد؛ وقعت واحدة بولادة الأول، وبولادة الآخِر أخرى؛ لأن شرط الحنث وجد، وهي معتدة؛ لأن في بطنها ولد آخر، وبولادة الثالث؛ انقضت العدة ولا يقع[٣] شيء.

فإن قيل: في القول بالرجعة يكون حمل فعله على الحرام؛ إذِ الوطء يكون في النفاس، وقد قلتم: أن المسلم لا يفعل الحرام.

قلنا: رعاية ثبوت النسب واجبة، والنفاس قد يوجد وقد لا يوجد، وقد يقل وقد يكثر، ولعل وطئه بعد انقطاعه؛ [٤٥٧/ب] فلم يتحقق ارتكاب المحرم قطعًا.

قوله: (تتشوَّف)؛ أي: لزوجها، والتَّشَوُّف تَفَعُّلٌ من شفت الشيء: جلوته، ودينار متشوّف؛ أي: مجلوّ وهي أن تجلو المرأة وجهها وتصقل خديها، والتشوف خاص في الوجه، والتزين عام[٤].

---

(١) في الأصل: (لا يوجب) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٢) في الأصل: (الأولاد) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٣) في الأصل: (ولا يجب) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٤) انظر: الصحاح تاج اللغة للجوهري (٤/ ١٣٨٣)، المغرب في ترتيب المعرب للمُطَرِّزِيّ (ص٢٥٩).

إذ النِّكَاحُ قَائِمٌ بَينَهُمَا، ثُمَّ الرَّجعةُ مُستحَبَّةٌ وَالتَّزَيُّنُ حَامِلٌ لَهُ عَلَيهَا فَيَكُونُ مَشرُوعًا (وَيُستَحَبُّ لِزَوجِهَا أَن لَا يَدخُلَ عَلَيهَا حَتَّى يُؤذِنَهَا أَو يُسمِعَهَا خَفقَ نَعلَيهِ) مَعنَاهُ: إذَا لَم يَكُن مِن قَصدِهِ المُرَاجَعَةُ، لِأَنَّهَا رُبَّمَا تَكُونُ مُتَجَرِّدَة فَيَقَعُ بَصَرُهُ عَلَى مَوضِعٍ يَصِيرُ بِهِ مُرَاجِعًا، ثُمَّ يُطَلِّقُهَا فَتَطُولُ العِدَّةُ عَلَيهَا (وَلَيسَ لَهُ أَن يُسَافِرَ بِهَا حَتَّى يُشهِدَ عَلَى رَجعَتِهَا) وَقَالَ زُفَرُ رَحمَةُ اللَّهِ تَعَالَى عَلَيهِ: لَهُ ذَلِكَ لِقِيَامِ النِّكَاحِ، وَلِهَذَا لَهُ أَن يَغشَاهَا عِندَنَا. وَلَنَا: قوله تَعَالَى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] الآيَةَ، وَلِأَنَّ

(إذِ النكاح قائم بينهما) حتى يجري التوارث بينهما، وكذا جميع أحكام النكاح، ويدخل في قوله: كل امرأة لي طالق.

فإن قيل: يشكل على هذا الأصل قوله: (**وليس له أن يسافر بها**)؛ فلو كانت منكوحته ينبغي أن يسافر بها كما قبل الطلاق، وبه قال زفر.

قلنا: جاء نص فيه على خلاف القياس وهو قوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ﴾ [الطلاق ١] قال الإمام الصفَّار: من قاس هذا فقد ضيع نفسه بالوسواس؛ إذِ الآية نزلت في الطلاق الرجعي لسياقها وهي قوله تعالى: ﴿لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق ١]؛ أي: لعله تبدو له المراجعة. والمسافرةُ بها إخراج، ولا تُجعَلُ المسافرةُ [دلالة الرجعة؛ حملا لأمره على الصلاح؛ إذ كلامنا في رجل يصرح: بأني لا أراجعها، ولا عبرة][١] للدلالة مع الصريح، ولأن الإخراج منهي عنه، والرجعة مندوبٌ فلا يمكن جعله رجعة. كذا في الفوائد الظهيرية.

ولهذا لا يباح لها [الخروج][٢] إلى ما دون السفر أيضًا لإطلاق النص. ذكره قاضي خان[٣].

وقال: وتكره الخلوة بها أيضًا؛ [لأنه][٤] ربما يقع بصره على موضع؛ فيصير مراجعًا، وهو لا يريدها فيؤدي إلى تطويل العدة وهو حرام[٥].

وقال الإمام السرخسي: إنما تكره الخلوة إذا لم تأمن على نفسها من

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٤٧٢).
(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٥) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ١٧٥).

تَرَاخِيَ عَمَلِ المُبطِلِ لِحَاجَتِهِ إلَى المُرَاجَعَةِ، فَإِذَا لَم يُرَاجِعهَا حَتَّى انقَضَت العِدَّةُ ظَهَرَ أَنَّهُ لَا حَاجَةَ لَه، فَتَبَيَّنَ أَنَّ المُبطِلَ عَمِلَ عَمَلَهُ مِن وَقتِ وُجُودِهِ، وَلِهَذَا تُحتَسَبُ الأَقرَاءُ مِن العِدَّةِ فَلَم يَملِكِ الزَّوجُ الإِخرَاجَ، إِلَّا أَن يُشهِدَ عَلَى رَجعَتِهَا فَتَبطُلُ العِدَّةُ

غشيانها، أو يصير مراجعًا بغير إشهاد[١].

وقيل: يشكل على قوله: «ولا عبرة للدلالة مع الصريح» الوطء والتقبيل بشهوة؛ فإنهما رجعة دلالة، وإن صرح بعدم الرجعة بأعلى صوته.

أجيب: بأنها رجعة دلالة؛ لأنهما يقعان في محل الرجعة، بخلاف المسافَرَةِ فإنها تستلزم شيئاً يثبت به المراجعة؛ إذْ بنفسها لا تكون مراجعة؛ لما قلنا أنها منهي حرام، والمراجعة تستحب.

قولُه: (خفق نعليه) في الصحاح: خفق الأرض بنعله؛ أي: ضربها[٢]. وفي المنافع: خفق النعل: ضربها؛ فكيف يكون نفسها أو مستلزمًا لها وهما على طرفي لنقيض.

قوله: (عمل المبطل) وهو الطلاق، من وقت وجود المبطل فيمنع لذلك؛ كالبيع الذي فيه الخيار تأخر عمل البيع في اللزوم، ثم بالإجازة يعمل من وقت البيع؛ ولهذا يملك الزوائد الحاصلة في مدة الخيار.

قيل: يشكل على هذا التعليل الخلوة بها في العدة ودخوله عليها، فلو كان عمله بالتبيين[٣]؛ ينبغي ألا يجوز شيءٌ من ذلك، ولا خلاف أن البينونة تثبت فيه عند الانقضاء قصرًا.

أجيب: بأن الخلوة مكروهة كما قاله قاضي خان؛ نعم وجود البينونة لطريق، أما فيما يقدم وجود البينونة تقديرًا لا تحقيقًا؛ ولهذا يملك مراجعتها بلا رضاها بالإجماع. كذا قيل، ولم يتضح لي سره.

قوله: (تُحْتَسَبُ الأَقْرَاءُ)؛ أي: الأقراء الماضية قبل انقضاء العدة **(من العدة)** فلو كان عمل المبطل مقتصرًا على انقضاء العدة لما احتسبت الأقراء

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢٥).
(٢) انظر: الصحاح تاج اللغة للجوهري (٤/ ١٤٦٩).
(٣) رسمت بالثالثة (فلو كان عمل في الشين).

وَيَتَقَرَّرُ مِلكُ الزَّوجِ. وَقَولُهُ: «حَتَّى يُشهِدَ عَلَى رَجعَتِهَا»، مَعنَاهُ: الِاستِحبَابُ عَلَى مَا قَدَّمنَاهُ (وَالطَّلَاقُ الرَّجعِيُّ لَا يُحَرِّمُ الوَطءَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: يُحَرِّمُهُ، لِأَنَّ الزَّوجِيَّةَ زَائِلَةٌ لِوُجُودِ القَاطِعِ وَهُوَ الطَّلَاقُ. وَلَنَا: أَنَّهَا قَائِمَةٌ حَتَّى يَملِكَ مُرَاجَعَتَهَا مِن غَيرِ رِضَاهَا، لِأَنَّ حَقَّ الرَّجعَةِ ثَبَتَ نَظَرًا لِلزَّوجِ لِيُمكِنَهُ التَّدَارُكُ عِندَ اعتِرَاضِ النَّدَمِ، وَهَذَا المَعنَى يُوجِبُ استِبدَادَهُ بِهِ، وَذَلِكَ يُؤذِنُ بِكَونِهِ استِدَامَةً لَا إِنشَاءً إِذِ الدَّلِيلُ يُنَافِيهِ وَالقَاطِعُ أَخَّرَ عِلمَهُ إِلَى مُدَّةٍ إِجمَاعًا ....

الماضية من العدة كما لا تحتسب في قوله: إذا حضتِ فأنتِ طالق؛ فإن تلك الحيضة غير محتسبة من العدة، وإذا لم يقتصر عمله على الانقضاء كالمبتوتة تقديرًا فلا يملك إخراجها من السفر كالمبتوتة تحقيقًا.

قوله: **(وقال الشافعي** ﷺ **يحرمه)**(١) وقد بينا فيه المذاهب.

(أنها)؛ أي: الزوجية **(قائمة)**.

(من غير رضاها) ومن غير مهر ومن غير ولي ومن غير شهود في قول عندك، وهذا من أدل الدلائل على قيام النكاح. ذكره في المبسوط لفخر الإسلام.

(وهذا المعنى)؛ أي: معنى النظر للزوج **(يوجب استبداده)** أي: استبداد الزوج به؛ أي: بحق الرجعة.

(بكونه)؛ أي: بكون حق الرجعة، أو الرجعة على تأويل المذكور.

(استدامة) أي: استدامة النكاح **(لا إنشاء)**؛ إذْ لو كان إنشاء لما استبد به الزوج كما في ابتداء النكاح.

(إذِ الدليل) أي دليل الاستبداد وهو ثبوت الرجعة بلا رضاها.

(ينافيه) أي: الإنشاء وهو الطلاق.

وهذا جوابٌ على حرف الخصم(٢): إن الزوجية زائلة لوجود القاطع.

قلنا: نعم وجد القاطع ولكن أخر عمله إلى انقضاء العدة **(إجماعًا)**؛ لما

---

(١) انظر: نهاية المطلب للجويني (١٤/ ٣٤١).

(٢) أي قوله في المتن (والقاطع أخر عمله إلى مدة) جواب عن قول الشافعي...

أَو نَظَرًا لَهُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَاللَّهُ أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

فَصْلٌ فِيمَا تَحِلُّ بِهِ المُطَلَّقَةُ

(وَإِذَا كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا دُونَ الثَّلَاثِ، فَلَهُ أَن يَتَزَوَّجَهَا فِي العِدَّةِ وَبَعدَ انقِضَائِهَا) لِأَنَّ حِلَّ المَحَلِّيَّةِ بَاق، لِأَنَّ زَوَالَهُ مُعَلَّقٌ بِالطَّلقَةِ الثَّالِثَةِ فَيَنعَدِمُ قَبلَهُ، وَمَنعُ الغَيرِ فِي العِدَّةِ لِاشتِبَاهِ النَّسَبِ وَلَا اشتِبَاهَ فِي إطلَاقِهِ (وَإِن كَانَ الطَّلَاقُ ثَلَاثًا فِي الحُرَّةِ أَو ثِنتَينِ فِي الأَمَةِ لَم تَحِلَّ لَهُ حَتَّى تَنكِحَ زَوجًا غَيرَهُ نِكَاحًا صَحِيحًا وَيَدخُلَ بِهَا ثُمَّ يُطَلِّقَهَا أَو يَمُوتَ عَنهَا) وَالأَصلُ فِيهِ قَوله تَعَالَى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] فَالمُرَادُ الطَّلقَةُ الثَّالِثَةُ، وَالثِّنتَانِ فِي حَقِّ الأَمَةِ كَالثَّلَاثِ

بيّنا أن عنده تثبت الرجعة بلا رضاها، ويصح إيلاؤها وظهارها وخلعها ولعانها.

(على ما تقدَّم)، وهو قوله: (لأن حق الرجعة يثبت نظرًا للزوج)[1].

فصل فيما تحل به المطلقة

لمّا ذكر تدارك الطلاق الرجعي؛ شرع في بيان تدارك غيره حِلُّ المحلّية، والمرادُ منه كونها من بنات آدم ليست من المحرمات وهو موجود هاهنا.

[٤٥٨/أ] قوله: (ومنع الغير) جواب سؤالٍ مقدر بأنه تعالى لم يُجَوِّزْ نكاح المعتدة مطلقًا بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعۡزِمُواْ عُقۡدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبۡلُغَ ٱلۡكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ﴾ [البقرة ٢٣٥].

فأجاب عنه بقوله: إنما كان ذلك لاشتباه النسب وذلك في معتدة الغير لا في معتدته، ويردّ عليه بالصغيرة والآيسة وعدة الوفاة قبل الدخول ومعتدة الصبي والحيضة الثانية والثالثة؛ فإنه لا اشتباه في هذه المواضع وتجب العدة.

وجوابه: هذا بيان الحكم بمشروعيتها لا ببيان العلة؛ لوجود التخلف مع أنها لا تخلو عن التعبد، والحكمة لا تراعى في الجميع بل تراعى في الجنس.

قوله: (والمراد) من قوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا﴾ [البقرة ٢٢٩] **(الطلقة الثالثة)** في المبسوط: اتفق العلماء أن بيان الطلقتين بقوله: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ وإنما اختلفوا في الثالثة فعند أكثر أهل التأويل بيانها في قوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا﴾ [البقرة ٢٢٩]، وعند بعضهم بقوله: ﴿أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ فإن أبا رزين العقيلي سأل

---

(١) انظر المتن ص ٣١٧.

فِي حَقِّ الحُرَّةِ، لِأَنَّ الرِّقَّ مُنَصِّفٌ لِحِلِّ المَحَلِّيَّةِ عَلَى مَا عُرِفَ ثُمَّ الغَايَةُ نِكَاحُ الزَّوجِ مُطلَقًا، وَالزَّوجِيَّةُ المُطلَقَةُ إِنَّمَا تَثبُتُ بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ، وَشَرطُ الدُّخُولِ ثَبَتَ بِإِشَارَةِ النَّصِّ وَهُوَ: أَن يُحمَلَ النِّكَاحُ عَلَى الوَطءِ حَملا لِلكَلَامِ عَلَى الإِفَادَةِ دُونَ الإِعَادَةِ، إِذ العَقدُ استُفِيدَ بِإِطلَاقِ اسمِ الزَّوجِ أَو يُزَادُ عَلَى النَّصِّ بِالحَدِيثِ المَشهُورِ، وَهُوَ قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا تَحِلُّ لِلأَوَّلِ حَتَّى تَذُوقَ عُسَيلَةَ الآخَرِ» رُوِيَ بِرِوَايَاتٍ، وَلَا خِلَافَ لِأَحَدٍ فِيهِ سِوَى سَعِيدِ بنِ المُسَيِّبِ.

رسول الله ﷺ فقال: عرفت التطليقتين في القرآن فأين الثالثة؟ فقال: «في قوله: ﴿أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [البقرة ٢٢٩]»(١).

(والزوجية المطلقة إنما ثبت بنكاح صحيح) خصوصًا فيما إذا أضيف النكاح إلى المستقبل؛ لأن المراد منه الإعفاف والتحصين، وذا يحصل بالصحيح لا بالفاسد؛ ولهذا إذا حلف "لا أنكح" لم يحنث بالفاسد بخلاف الماضي، فإن المراد منه مجرد صحة الإخبار به، فيتناول كليهما؛ فيحنث في يمينه "ما نكحت امرأة" بالفاسد(٢).

(حملًا للكلام على الإفادة)؛ يعني: لو حملنا النكاح على العقد في الآية يلزم ذكر العقد مرتين؛ لأنه استفيد مرة بقوله: ﴿زَوْجًا﴾؛ إذِ الرجل لا يسمَّى زوجًا حقيقة بدون العقد، فلو حملنا النكاح على العقد؛ يلزم التكرار، فحملناه على وطء الزوج الثاني؛ فتكون شرطية الوطء ثانيًا بالكتاب، فلا يحتاج أن يزاد على الكتاب بالحديث المشهور. وهذا البحث بتمامه مذكور في الأصول(٣).

(بروايات)؛ أي: بروايات مختلفة مذكورة في كتب الحديث.

(لأحَدٍ فيه)؛ أي: في اشتراط الوطء **(سوى سعيد بن المسيب)** قال ابن المنذر: لا نعلم أحدًا من أهل العلم قال بقوله إلا الخوارج(٤).

وقيل: قال بشر المريسي وداود الظاهري والشيعة بقوله، وذلك خلاف لا

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ٨).
(٢) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٥٧).
(٣) انظر: كشف الأسرار لعبدالعزيز البخاري (١/ ٨٦).
(٤) الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٥/ ٢٣٨).

وَقَوْلُهُ غَيْرُ مُعْتَبَر حَتَّى لَو قَضَى بِهِ القَاضِي لَا يَنفُذُ، وَالشَّرطُ الإِيلَاجُ دُونَ الإِنزَالِ، لِأَنَّهُ كَمَالٌ وَمُبَالَغَةٌ فِيهِ وَالكَمَالُ قَيدٌ زَائِدٌ (وَالصَّبِيُّ المُرَاهِقُ فِي التَّحلِيلِ كَالبَالِغِ) لِوُجُودِ الدُّخُولِ فِي نِكَاح صَحِيح وَهُوَ الشَّرطُ بِالنَّصِّ، ....

اختلاف، وقالوا: لعله لم يبلغه الحديث المشهور.

قال أبو بكر الرازي: لا أعلم أحدًا قال بقوله، وقوله غير معتبر حتى لا يجوزَ لأحدٍ أن يأخذ بقوله لمخالفته الحديث المشهور، ولو أفتى مُفتٍ بقوله؛ فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين. ذكره في الخلاصة[١].

و(**لو قضى**) (**لا ينفذ**) قال التمرتاشي: ما نقل عن الصدر الشهيد في بعض الحواشي: "أنه لو قضى قاض على قول سعيد ينفذ" افتراء على الصدر الشهيد، وذكر قاضي خان ذكر الصدر الشهيد لا ينفذ قضاؤه.

وفي القنية: في فتاوى العصر أن الشهيد رجع عن مذهبه.

قال المتكلم وقاضي بديع: يحتال في التطليقات ويأخذ الرُّشَى ويزوجها الأول بدون دخول الثاني هل يصح النكاح؟ قال: لا، فقال: وما جزاء من يفعل ذلك؟ قال: يُسَوَّدُ وجهه ويُبعَد، ولو أفتى فقيه بمذهبه يُعَزَّر أيضًا[٢].

وفي المبسوط: المقصود منع الزوج من استكثار الطلاق، وذا لا يحصل بمجرد العقد بل يحصل بما فيه مغايظة للزوج، ودخول الثاني بالنكاح مباح مبغض عند الزوج الأول كما أن الاستكثار من الطلاق مباح مبغض ليكون الجزاء بجنس العمل[٣].

(**لأنه**) أي: الإنزال (**كمال ومبالغة**) في الدخول المشروط بالنص (**والكمال قيد**) والنص هو قوله عليه السلام: «لا حتى تذوقي عسيلته»[٤] [الحديث مطلق عن الإنزال، وتقييد المطلق لا يجوز.

وفي الحديث إشارة إلى أن الكمال يوجد بدون الإنزال وهو قوله عليه

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٤٧٧).

(٢) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٤٧٧).

(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٩).

(٤) أخرجه البخاري (٣/ ١٦٨، برقم ٢٦٣٩)، ومسلم (٢/ ١٠٥٥، برقم ١٤٣٣).

وَمَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ يُخَالِفُنَا فِيهِ، وَالحُجَّةُ عَلَيهِ مَا بَيَّنَّاهُ. وَفَسَّرَهُ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَقَالَ: غُلَامٌ لَم يَبلُغ، وَمِثلُهُ يُجَامِعُ، جَامَعَ امرَأَة وَجَبَ عَلَيهَا الغُسلُ، وَأَحَلَّهَا عَلَى الزَّوجِ الأَوَّلِ، وَمَعنَى هَذَا الكَلَامِ أَن تَتَحَرَّكَ آلَتُهُ وَيَشتَهِي، وَإِنَّمَا وَجَبَ الغُسلُ عَلَيهَا

السلام «**حتى تذوقي عسيلته**»][1] وفي الذوق لا يشترط الإنزال.

وفي الكفاية: طلقها أزواج، كل زوج ثلاثًا فتزوجت بآخر ودخل بها؛ تحل للكل؛ لأنه لا تفصيل في النص.

(ومالك رَحِمَهُ اللَّهُ يخالفنا فيه) فإن على قول مالك وحماد والبصري: يشترط الإنزال[2]، وهو بالبلوغ، وهو بالماء؛ لأنه شرط في الحديث ذوق العسيلة.

وفي الجامع الصغير: شرط الحرية أن يكون منفقًا؛ لأنه رُوي عن أبي يوسف: لو زوجت نفسها من عبد لا يجوز[3].

وفي فتاوى الوبري: الشيخ الكبير الذي لا يقدر على الجماع لو أولج بمساعدة اليد لا يحلها. ذكره التمرتاشي[4].

(والحجة عليه)؛ أي على مالك **(ما بيناه)** وهو الحديث المشهور.

والعُسيلة: كناية عن لذة الجماع، واللذة تحصل للصبي بالجماع.

[٤٥٨/ب] وعن عائشة أنها فسرت العُسيلة بالجماع، وبقولنا قال الشافعي[5] وأحمد[6] وعطاء وابن المنذر[7].

وفي المنافع: المراهق: الداني من البلوغ.

وقيل: الذي **(تتحرك آلته ويشتهي)** الجماع؛ لأنه عليه السلام شرط من

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) انظر: عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٤٣٨)، القوانين الفقهية لابن جزي (ص: ١٤٠).
(٣) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ١٨٠).
(٤) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٥٩).
(٥) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ٣٢٩)، الوسيط للغزالي (٥/ ١١٤).
(٦) انظر: التذكرة في الفقه لابن عقيل (ص: ٢٥٨)، الكافي لابن قدامة (٣/ ١٥٣).
(٧) انظر: الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٣/ ١٧٢).

لِالْتِقَاءِ الخِتَانَيْنِ، وَهُوَ سَبَبٌ لِنُزُولِ مَائِهَا وَالحَاجَةِ إِلَى الإِيجَابِ فِي حَقِّهَا، أَمَّا لَا غُسلَ عَلَى الصَّبِيِّ وَإِن كَانَ يُؤمَرُ بِهِ تَخَلُّقًا، ....

الطرفين[(١)].

وقال القاضي من الحنابلة: يشترط أن يكون ابن اثنتي عشرة سنة[(٢)].

وفي الجامع قال محمد: أودع [صبي][(٣)] يعقل ابن [اثنتي][(٤)] عشرة [سنة][(٥)].

وفي المحيط: في الصبي الذي لا يقدر على الجماع وآلته ليست بمشتهاه: اختلف مشايخنا فيه.

وفي الخلاصة: والصحيح أن يكون الصبي ابن عشر سنين.

وفي العيون والصغرى: لو خافت إن ظهر أمرها [في][(٦)] التحليل؛ تهب لبعض من تثق به ثمن مملوك، فيشتري بذلك مراهقًا، فيزوجه شاهدان، فيدخل الغلام، ثم يهب المشتري المملوك من المرأة؛ فيبطل النكاح، ثم تبعث المملوك إلى بلد آخر وتبيعه؛ فلا يظهر أمرها بوطء الزوج الثاني.

وفي الحيض والنفاس والإحرام -منهما أو من أحدهما-؛ تحل للأول بظاهر النص، وبه قال الشافعي، وأحمد في ظاهر نصه.

وقال مالك، وأحمد في وراية: لا يحلها؛ لأنه حرام فلا يثبت به الحل، كما لو وطء في النكاح الفاسد بالشبهة.

وقال الشافعي في القديم: الوطء في النكاح الفاسد؛ يُحِلُّ. وبه قال بعض الحنابلة في وجه.

ووطء الذِّمّي الذِّمِّيَةَ يُحِلُّها للأول عندنا، وأحمد، والحسن، والزهري،

---

(١) أي: وإنما شرط ذلك؛ لأنه - عَلَيْهِ السَّلَامُ - شرط الذوق من الطرفين. البناية شرح الهداية (٥/ ٤٧٩).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥١٨).

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٥) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٦) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.)

قَالَ: (وَوَطءُ المَولَى أَمَتَهُ لَا يُحِلُّهَا) لِأَنَّ الغَايَةَ نِكَاحُ الزَّوجِ ....

والثوري، وأبو عبيد.

وقال مالك، وربيعة: لا يُحلها؛ بناءً على فساد أنكحتهم في رواية.

وفي المحيط: وطء الصبي والمجنون والمسلول يحلها، ووطء المجبوب لا يحلها إلا إذا حبلت(١).

وفي المبسوط: في رواية أبي حفص إن كان المجبوب لا ينزل لا يحل ولا يثبت نسب الولد منه؛ لأنه إذا جف ماؤه صار كالصبي أو دونه(٢).

وقيل: هذا إذا جُبَّ ذكره من الأصل ولو بقي بعد الحشفة شيء باقي ما تحل.

ولو أدخل الشيخ آلته في فرجها بإصبعها إن انتعش وعمل؛ حلت وإلا فلا.

ولو لفَّ آلته بخرقة وهي لا تمنع من وصول حرارة فرجها إلى ذكره؛ تحل. ذكره المرغيناني(٣).

ولو خلا بها الزوج الثاني أو مات عنها؛ لا تحلُّ.

وفي المغني: أولج الحشفة من غير انتشار؛ لا يُحِلُّها، ولو قطع وبقي منه قدر الحشفة فأولجه؛ يُحلِّها.

وبوطء الخصي والمسلول والموجوء؛ تحلُّ، وعنه: والخصي لا يحل(٤).

و[وطء](٥) المجنون(٦)، وقال ابن حامد: لا تحلُّ، ولو كان ذاهب الحس كالمصروع والمغمى عليه؛ لا تحل. ولا بوطء المجنونة في هذه الحالة(٧).

وفي الجواهر: يكفي إيلاج الحشفة أو مقدارها من مقطوعها، ولا يكفي

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٤٧٩).
(٢) المبسوط للسرخسي (٦/ ٥٣).
(٣) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٤٧٩).
(٤) المغني لابن قدامة (٧/ ٥١٧).
(٥) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٦) أي يحلها عند أحمد.
(٧) المغني لابن قدامة (٧/ ٥١٨).

(وَإِذَا تَزَوَّجَهَا بِشَرطِ التَّحلِيلِ فَالنِّكَاحُ مَكرُوهٌ) لِقَولِهِ ﷺ: «لَعَنَ اللَّهُ المُحَلِّلَ وَالمُحَلَّلَ لَهُ» وَهَذَا هُوَ مَحمَلُهُ (فَإِن طَلَّقَهَا بَعدَمَا وَطِئَهَا حَلَّت لِلأَوَّلِ) لِوُجُودِ الدُّخُولِ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ، إذِ النِّكَاحُ لَا يَبطُلُ بِالشَّرطِ: وَعَن أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يُفسِدُ النِّكَاحَ، لِأَنَّهُ فِي مَعنَى المُؤَقَّتِ فِيهِ، وَلَا يُحِلُّهَا عَلَى الأَوَّلِ لِفَسَادِهِ. وَعَن مُحَمَّد: أَنَّهُ يَصِحُّ النِّكَاحُ لِمَا بَيَّنَّا، وَلَا يُحِلُّهَا عَلَى الأَوَّلِ، لِأَنَّهُ استَعجَلَ مَا أَخَّرَهُ الشَّرعُ فَيُجَازَى بِمَنعِ مَقصُودِهِ كَمَا فِي قَتلِ المُوَرِّثِ(*) (وَإِذَا طَلَّقَ الحُرَّةَ تَطلِيقَةً أَو تَطلِيقَتَينِ وَانقَضَت عِدَّتُهَا وَتَزَوَّجَت بِزَوجٍ آخَرَ ثُمَّ عَادَت إِلَى الزَّوجِ الأَوَّلِ عَادَت بِثَلَاثِ تَطلِيقَاتٍ، وَيَهدِمُ الزَّوجُ الثَّانِي مَا دُونَ الثَّلَاثِ كَمَا يَهدِمُ الثَّلَاثَ. وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ

وطء من لم تنتشر آلته، وقيل: لا يشترط انتشارها[(١)].

ووطء النائمة والمغمى عليها؛ يُحِلُّ عندنا، وفي أحد قولي الشافعي ذكره النواوي.

وفي المفهم: والوطء في الدبر لا يُحِل.

[ولو][(٢)] ادعت دخول المُحلِّل؛ صُدِّقَت وإن أنكر هو، وكذا على العكس. ذكره في التفاريق.

قوله: (بشرط التحليل) بأن قال: تزوجتك على أن أحِلَّكِ، أو قالت هي ذلك، أما لو أضمرا ذلك في قلبهما؛ فإنه يصح العقد وتحل للأول عند عامة العلماء.

وقال مالك، وأحمد، والليث، وإسحاق، وأبو عبيد، وأبو يوسف: يفسد العقد الأول، ولا تحل للأول، ولا تقر على نكاح الدَّلْسَة.

(لأنه استعجل ما أخره الشرع فيجازى) بتقصير مقصوده ومنعه منه **(كما في قتل المُوَرِّث)**.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/٤٣٨).

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَهدِمُ مَا دُونَ الثَّلَاثِ) لِأَنَّهُ غَايَةٌ لِلحُرمَةِ بِالنَّصِّ فَيَكُونُ مَنهِيًّا، وَلَا إِنهَاءَ لِلحُرمَةِ قَبلَ الثُّبُوتِ. وَلَهُمَا قَولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَعَنَ اللَّهُ المُحَلِّلَ وَالمُحَلَّلَ لَهُ» سَمَّاهُ مُحَلِّلًا وَهُوَ المُثبِّتُ لِلحِلِّ (وَإِذَا طَلَّقَهَا ثَلَاثًا فَقَالَت: قَد انقَضَت

ولأنه عليه السلام قال: «**لعن الله المُحَلِّل**» الحديث، وعقد النكاح نعمة فلا يستحق به اللعن، [فلما استحق اللعن][(١)] لا يكون صحيحًا.

ولأن هذا في معنى شرط التوقيت، وشرط التوقيت يبطل النكاح.

للعامة قوله عليه السلام: «**لعنَ اللهُ المحلِّلَ والمحلَّل لهُ**» رواه الترمذي والنسائي وقالا: حديث حسن صحيح. وهذا الحديث [يقتضي][(٢)] صحة النكاح والحل للزوج الأول والكراهة؛ لأن اللعن باعتبار التماس ذلك وفيه هتك للمروءة، وإعارة النفس في الوطء لغرض الغير رذيلة وقلّة حمية، قال عليه السلام: «**هو التَّيسُ المستعارُ**»[(٣)]، وإنما يكون مستعارًا إذا سبق التماس من المُطلِّق[(٤)].

واختلف العلماء في معناه؛ قيل: أراد به طالب الحل من نكاح المتعة والمؤقت، وسماه محلِّلًا وإن لم يحلِّل؛ لأنه يعتقده ويطلب الحل منه، وأما طالب الحل من طريقه لا يوجب اللعن.

وقيل: هو التزوج بلفظ الإحلال والتحليل، وهو معنى ما ذكر في المتن وهذا هو محمله؛ أي: محمل الحديث.

ولو تزوجها بنية التحليل من غير شرط حلَّت للأول، ولا يكره [٤٥٩/أ] والنية ليست بشيءٍ. ذكره الإسْبِيجابي، وذكر المرغيناني وغيره: يثاب ويؤجر في ذلك[(٥)].

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من اتبيين الحقائق.
(٣) أخرجه ابن ماجه (١/ ٦٢٣، برقم ١٩٣٦)، والحاكم (٢/ ٢١٧، برقم ٢٨٠٤) وصححه.
(٤) تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٥٩).
(٥) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٤٨١).

عِدَّتِي وَتَزَوَّجتُ وَدَخَلَ بِي الزَّوجُ وَطَلَّقَنِي وَانقَضَت عِدَّتِي، وَالْمُدَّةُ تَحتَمِلُ ذَلِكَ،

وفي الجواهر: المعتبر: نية المحلِّل دون المرأة والزوج الأول[١]؛ فيصير كاشتراطه في العقد فيفسد بها العقد، ولو نكح بشرط الطلاق يفسد النكاح ولم تحلَّ، ويفسد أيضًا باشتراط عدم الوطء، فإذا فسد؛ فرّق قبل البناء وبعده بطلقة بائنة، ولها المسمَّى في الأظهر[٢].

و[في البسيط][٣] لو شُرِطَ فيه طلاقٌ: قيل: يبطل العقد كالمؤقت. وقيل: يلغو الشرط.

ولا خلاف في أنه لو قال: زوجتك بشرط ألا تتزوج عليها أو لا تتسرى أو لا تسافر بها؛ لا يفسد النكاح كله، ولو قال بشرط أن لا تطأها؛ اختلفوا فيه.

ذكر التمرتاشي: لو خافت ألا يطلقها الثاني فتقول: زوجت نفسي منك على أن أمري بيدي أطلق نفسي كلما أريد، وقال الزوج: قبلت؛ جاز النكاح وصار الأمر في يدها.

قوله: (وهذا عندهما)[٤]؛ أي: عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وهو قول ابن عباس وابن عمر وإبراهيم والنخعي وأصحاب عبد الله بن مسعود[٥].

(وقال محمد: لا يهدم)[٦] وبه قال الشافعي[٧]، ومالك[٨]، وأحمد[٩]، وزفر وهو قول عمر وعلي وابن كعب وعمران ابن حصين وأبي هريرة[١٠]، فأخذ

---

(١) في الأصل: (المعتبر فيه المحلل والمرأة والزوج الأول) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٢) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٤٣٨).
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) في مطبوع الهداية: وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف انظر المتن ص ٣٢٤.
(٥) انظر: الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٥/ ٢٤٢)، المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٩٥).
(٦) انظر المتن ص ٢٢٥.
(٧) انظر: الأم للشافعي (٥/ ٢٦٦)، نهاية المطلب للجويني (١٣/ ٣١٢).
(٨) انظر: التبصرة للخمي (٦/ ٢٦١٨)، وعقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٥٢٣).
(٩) انظر: العدة شرح العمدة لبهاء الدين المقدسي (ص: ٤٥٥)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٥/ ٤٣٧).
(١٠) انظر: الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٥/ ٢٤٢)، المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٩٥).

جَازَ لِلزَّوجِ أَن يُصَدِّقَهَا إِذَا كَانَ فِي غَالِبِ ظَنِّهِ أَنَّهَا صَادِقَةٌ)، ....

الشبان بقول المشايخ من الصحابة، والمشايخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة. ذكره في المبسوط(١). والمسألة مستقصاة في الأصول.

قوله: (أنها صادقة) عن الإمام السرخسي: لا يحل [له](٢) التزوج حتى يستفسرها؛ للاختلاف بين الناس في حلها بمجرد العقد(٣).

وفي التفاريق: تزوجها ولم يسألها، ثم قالت: ما تزوجت أو ما دخل بي؛ صُدِّقَتْ؛ إذْ لا يُعلم ذلك إلا من جهتها، وفيه إشكال لأن إقدامها [على](٤) النكاح اعتراف منها بصحته؛ فكانت متناقضة؛ فينبغي أن [لا](٥) يقبل منها، كما لو قالت بعد التزوج بها: كنتُ مجوسية أو مرتدة أو معتدة أو منكوحة الغير أو محرمًا، أو كان العقد بغير شهود. ذكره في الجامع وغيره(٦)، بخلاف قولها "لم تَنْقَضِ" عَدْلٌ(٧).

ولو قال الزوج لها ذلك، وكذبته؛ تقع الفرقة كأنه طلق، ويجب المهر.

ولم يمرّ بي(٨) لو قال المحلل بعد الدخول: كنت حلفت بطلاقها إن تزوجتها، هل تحل هي للأول؟ قلت: يُبنى الأمر على غالب ظنها إن كان صادقًا عندها، وإن كان كاذبًا؛ تحلّ.

وعن الفضلي: لو قالت: تزوجني فإني تزوجت غيرك وانقضت عدتي، فتزوجها، ثم قالت: ما تزوجتُ؛ صُدِّقت إلا أن تكون أقرت بدخول الثاني. ذكره التمرتاشي(٩).

سئل نجم الدين النسفي عن رجل حلف بالثلاث(١٠) فظن أنه لم يحنث؛

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٩٥).
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) المبسوط للسرخسي (١٠/ ١٨٠).
(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٥) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٦) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ١٨٥).
(٧) وفي فتح القدير: (بخلاف قولها لم تنقض عدتي).
(٨) وفي فتح القدير: (وفي النهاية: ولم يمر بي...).
(٩) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ١٨٦).
(١٠) في فتح القدير: عن رجل حلف بالطلاق الثلاث.

لِأَنَّهُ مُعَامَلَةٌ أَو أَمرٌ دِينِيٌّ، لِتَعَلُّقِ الحِلِّ بِهِ، وَقَولُ الوَاحِدِ فِيهِمَا مَقبُولٌ وَهُوَ غَيرُ مُستَنكَر إِذَا كَانَت المُدَّةُ تَحتَمِلُهُ. وَاختَلَفُوا: فِي أَدنَى هَذِهِ المُدَّةِ وَسَنُبَيِّنُهَا فِي بَابِ العِدَّةِ.

فأفتيت بوقوع الثلاث، وخافت إن أعلمته أن ينكر هل لها أن تستحل بعدما يفارقها بسفر وتأمره إذا حضر بتجديد العقد لشيءٍ دخل في قلبها من الشبهة؟ قال: نعم ديانة[١].

وسئل الصفّار ونجم الدين النسفي عن امرأة سمعت طلاق الثلاث من الزوج ولا يمتنع عنها هل يسعها قتله؟ قالا: يسعها عند إرادَة قربانها. وهكذا أفتى السيد أبو شجاع، وقال الإسْبِيجابي: لا يسعها واستدل بأنها لو أكرهت على الزنا فمكنت من نفسها؛ لم تأثم فلم تكن مضطرة، بخلاف الرجل؛ حيث يأثم بذلك[٢]. قال النسفي[٣]: السيد أبو شجاع رجل كبير وله مشايخ كبار فلا يقول إلا عن صحة، والاعتماد على قوله.

ولو زوجت نفسها من غير كفؤ؛ حلت للأول عند أبي حنيفة وزفر[٤].

وفي المبسوط: نصرانية أسلمت فدخل بها زوجها النصراني؛ حلَّت للأول[٥].

وتحل بوطء العبد والمُدَبَّر والمكاتب إذا كان النكاح بإذن السيد.

قوله: (لأنه)؛ أي: النكاح **(معاملة)**.

(وقول الواحد فيهما مقبول) بشرط التمييز كالوكالات، والمضاربات، والإذن في التجارة، وإن كان من أمور الدين؛ فيقبل قولها أيضًا كما لو أخبرت بنجاسة [الماء][٦] وطهارته، وروت حديثًا.

(واختلفوا) أي: العلماء **(في أدنى هذه المدة)** التي تحتمل ذلك؛ فعند أبي

---

(١) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ١٨١).
(٢) انظر: المرجع السابق.
(٣) القول من حكاية النسفي عن الاسبيجابي؛ قال في المحيط: قال نجم الدين رحمه الله فحكي له أن السيد الإمام أبا شجاع رحمه الله يقول: لها (أن) تقتله فقال:.....
(٤) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ١٨٠).
(٥) المبسوط للسَّرَخْسِي (٥/ ١٤٧).
(٦) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

بَابُ الإِيلَاءِ

حنيفة: شهران، وعندهما: تسعة وعشرون يومًا، وقيل: على قياس أبي يوسف: تُصدَّق في سبعة وثلاثين يومًا وأربع ساعات، وقد بينا تمام الأقوال في باب الرجعة في مسألة فرع وسنبينها في العدة.

في النهاية: الحوالة وقعت غير رابحة؛ لأنه لم يذكرها في باب العدة ولا في غيره[١].

قيل في جوابه: قال سنبينها في العدة، ويمكن أن تكون في عدة غير هذا الكتاب؛ لأنه ما قال في عدة هذا الكتاب حتى تقع الحوالة غير رابحة. والله أعلم.

باب الإيلاء

[٤٥٩/ب] بدأ بالطلاق؛ لأنه مباحٌ للزوج للحاجة، ثم أدنى درجة منه الإيلاء في الإباحة، فإنه من حيث إنه مبين مشروع؛ لكن هو لا يخلو عن أحد المكروهَيْن: إما الطلاق أو الكفارة.

ومناسبة باب الرجعة أن الرجعة لتدارك ما فات بالطلاق في الإيلاء كتدارك الإيذاء باللسان، أو في الرجعة خروج من العموم إلى الخصوص فإن الرجعة تستعمل له في كل شيء ثم صار خاصًا في النكاح، فكذا الإيلاء لمطلق اليمين لغة، ثم صار في الشريعة: اسم ليمين يمنع المرء بها نفسه عن وطء منكوحته، فكان فيه معنى الخروج من العموم إلى الخصوص أيضًا. كذا في الفوائد البدرية.

الإيلاء و الْأَلِيَّةُ: اليمين لغة، وجمع الإيلاء: أَلَايَا[٢]. وجمع الألية: أليات كركبة وركبات، يقال: آلى يولي إيلاء، مثل: أعطى يعطي إعطاء[٣]، ومنه قول الشاعر[٤]:

قَلِيلُ الأَلَايَا حَافِظٌ لِيَمِينِهِ   وإن نذرت مِنْهُ الأَلِيَّةُ بَرَّتِ

يمدح بهذا ويقول: حلفه قليل، وإن حلف بطريق الندرة بأن وقعت على سرعة من غير قصد؛ حفظ يمينه.

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٤٨٦).
(٢) مثل: عطية وعطايا. انظر: المغرب.
(٣) انظر: المغرب في ترتيب المعرب (ص٢٨).
(٤) البيت من الطويل، وهو لكثير عزة في ديوانه (ص٣٨).

(وَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ لِامرَأَتِهِ: وَاللَّهِ لَا أَقرَبُكِ، أَو قَالَ: وَاللَّهِ لَا أَقرَبُكِ أَربَعَةَ أَشهُرٍ، فَهُوَ مُولٍ) لِقَولِهِ تَعَالَى: ....

قوله: بَرَّت، كان أصله: بر في يمينه؛ فحذف المضاف مع حرف الجر، ثم انقلب الضمير المجرور مرفوعًا كما في قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِى خَبُثَ لَا يَخۡرُجُ إِلَّا نَكِدٗاۚ﴾ [الأعراف ٥٨]؛ لما عُرف في الكشاف.

وفي المرغيناني: الألية: الحلف على الامتناع، والحلف: اليمين على الفعل، والقسم واليمين فيهما.

والإيلاء شرعًا: الحلف عَلَى تَرْكِ قُرْبَانِ المنكوحة أربعة أشهر فصاعدًا.

وسببه: قيام المشاجرة وعدم الموافقة كما في سبب شرعية الطلاق الرجعي.

وشرطه: كون اليمين معقودة على المنكوحة.

وأهله: من [هو][1] أهل للطلاق.

وحكمه المتعلق بالحنث: الكفارة ولو كان بغير الله ما جعل جزاء. والمتعلق بالبر: طلاق بائن بمضي مدته.

ومدته: أربعة أشهر عند الجمهور، حتى لو حلف [على][2] أربعة أشهر ولم يزد عليه؛ يكون، وعند مالك: ينبغي أن يزيد يومًا، وعند الشافعي: لحظة حتى يصير موليًا.

قال الرازي من أصحابنا: يبقى قولهما ظاهر القرآن؛ حيث لم يجعل مدة التربص أكثر من أربعة أشهر وعشرًا في عدة الوفاة، وثلاثة قروء في عدة الطلاق؛ فلا تجوز الزيادة على هذين التربصين، فكذا في مدة الإيلاء [إذا لم يكن بعد هذه المدة تربص؛ فيجب بعدها سقوط الإيلاء؛][3] فلا معنى لاشتراط مدة أخرى بعد سقوطه.

في المبسوط: قال إبراهيم النخعي: الإيلاء يمين بمنع جماع المنكوحة،

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦] الآيَةُ (فَإِن وَطِئَهَا فِي الأَرْبَعَةِ

وقد كان الإيلاء طلاقًا في الجاهلية فجعله الشرع طلاقًا مؤجلًا؛ لقوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦][1].

اعلم أن عند الأئمة الأربعة وأصحابهم الإيلاء لا يكون بغير يمين ولا تعليق، وعند ابن المسيب ويزيد بن الأصم: من ترك جماع زوجته بلا يمين يصير موليًا نقله الرازي في أحكام القرآن[2]. وعن [ابن][3] عمر: الهجران من غير يمين طلاق. وذكر ابن زيد عن مالك وعن بعض العلماء: لو حلف لا يكلمها؛ كان موليًا. وهذا كله شاذٌ مخالفٌ للنص، فإنه تعالى قال: ﴿يُؤْلُونَ﴾ [البقرة ٢٢٦] أي: يحلفون.

ثم الألفاظ التي يقع بها الإيلاء: صريح وكناية؛ فالصريح: نحو قولك: لا أقربكِ لا أجامعكِ لا أطأكِ لا أباضعكِ لا أغتسل منكِ من جنابة.

وأما الكناية؛ فكقولكَ: لا أمسِكُكِ، ولا آتيكِ، ولا أغشاكِ، ولا أجمع رأسي ورأسكِ، ولا أضاجعكِ، ولا أقرب فراشَكِ؛ فلا يكون إيلاء بلا نية. كذا ذكره في الفتاوى الظهيرية[4].

قال في البدائع: الافتضاض في البكر يجري مجرى الصريح والدنو كناية، وكذا قوله: لا أبيت معك في فراش ولا أسوئكِ ولا أغيظكِ كنايات[5].

وفي المنتقى: "لا أنام معك" إيلاء بلا نية، فكذا والله لا يمسُّ فرجي فرجَكِ. ذكره في الذخيرة، وفي جوامع الفقه: "لا يمس جلدي جلدك" لا يصير موليًا؛ لأنه لا يمكنه أن يلف ذكره بشيء، وفي المرغيناني: يحنث بمس الفرج دون الجماع فلم يكن مُوليًا[6]. قيل: فيه بعد.

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٧/ ١٩).
(٢) أحكام القرآن للجصاص (٢/ ٤٦).
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ١٨٩).
(٥) بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ١٦٢).
(٦) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ١٨٩).

الأَشْهُرِ: حَنِثَ فِي يَمِينِهِ وَلَزِمَتهُ الكَفَّارَةُ) لِأَنَّ الكَفَّارَةَ مُوجِبُ الحِنثِ (وَسَقَطَ الإِيلَاءُ) لِأَنَّ اليَمِينَ تَرتَفِعُ بِالحِنثِ (وَإِن لَم يَقرَبهَا حَتَّى مَضَت أَربَعَةُ أَشهُر بَانَت مِنهُ بِتَطلِيقَة) ....

قوله: (ولزمته الكفارة) في المبسوطين.

قال الشافعي: لا كفارة عليه ويحنث في يمينه؛ لأن الله تعالى وعد المغفرة، وبعد ما صار مغفورًا؛ لا تجب الكفارة لأنها للتيسير.

قلنا: وهو المغفرة في الآخرة لا تنافي وجوب الكفارة في الدنيا كما في قتل الخطأ، وحكم الكفارة بالحنث وفي اليمين بالله تعالى ثابت بالنص وهو قوله تعالى: ﴿وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلۡأَيۡمَٰنَۖ﴾ [المائدة٨٩]؛ ولكن ذكر في كتبهم: هذا قوله [٤٦٠/أ] القديم، وفي الجديد تجب الكفارة وهو الأصح كمذهبنا، وبه قال: مالك، وأحمد، والجمهور[(١)].

وقال الحسن: لا كفارة عليه في ذلك، قال قتادة: خالف الحسن الناس.

(وسقط الإيلاء)؛ أي: بإجماع العلماء.

قوله: (بانت منه بتطليقة)؛ أي: تقع طلقة بائنة.

في المبسوط: فكان معنى الإيلاء وإن مضت أربعة أشهر ولم أقربكِ فأنت طالق طلقة بائنة، وهكذا نقل عن علي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر[(٢)].

وزاد ابن المنذر في الإشراف وفي المحلَّى: عثمان وزيد ابن ثابت، وبه قال: جابر بن زيد، ومسروق، وشريح، وعطاء، والبصري، والنخعي، والشعبي، والأوزاعي، والثوري، وقبيصة بن ذؤيب، وعكرمة، وعلقمة، وابن جريج، وابن أبي ليلى. ذكره في الإشراف[(٣)]، والمحلّى[(٤)].

وقال أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام ومكحول والزهري

---

(١) الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٥/ ٢٧٣).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٢٠).
(٣) الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٥/ ٢٨٠).
(٤) المحلى بالآثار لابن حزم (٩/ ١٨٤).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَبِينُ بِتَفْرِيقِ القَاضِي، ....

وابن المسيب: تقع طلقة رجعية[١].

وقال الشافعي ومالك وأحمد وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد ومجاهد وابن المسيب وطاووس: للمرأة أن تطالبَه بالفيء أو الفرقة، وهو قول أبي الدرداء وعائشة، ويُروى عن علي وابن عمر[٢].

وفي البخاري: قال لي إسماعيل: حدَّثني مالك بن نافع عن ابن عمر إذا مضت المدة يوقف حتى يطلق، ولا يقع عليه الطلاق حتى تطلق، قال البخاري: ويذكر عن عثمان وعلي وأبي الدرداء وعائشة واثني عشر رجلًا من أصحاب رسول الله ﷺ[٣].

قيل: الذي يجوز الاحتجاج به من قول البخاري قول ابن عمر؛ لأنه أسنده، مع أن ابن المنذر وابن حزم رويا عنه خلاف ذلك كما ذكرنا؛ فلا يبقى حجة على أحد الفريقين؛ للاضطراب.

قوله: (تبين بتفريق القاضي)؛ يعني: يتوقف بعد مضي المدة، فإذا أبى الزوج الفيء أو الفرقة؛ فرق القاضي بينهما إذا طلبت المرأة فطلقها، وكان تفريقه تطليقة رجعية[٤].

وفي المبسوط: تطليقة بائنة[٥]. وما وجدت [ذلك][٦] في كتبهم.

إلا [أن][٧] عند مالك: لا رجعة له عليها إلا أن يطأها، ولا يطلقها الحاكم بثنتين أو ثلاثًا أو يفسخ النكاح[٨].

---

(١) الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٥/ ٢٧٣).
(٢) الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٥/ ٢٨٠).
(٣) صحيح البخاري (٧/ ٥٠).
(٤) انظر: حلية العلماء للشاشي (٧/ ١٤١).
(٥) المبسوط للسَّرَخسِي (٧/ ٢٠).
(٦) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٧) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٨) انظر: المعونة للقاضي عبدالوهاب (١/ ٨٨٢).

لِأَنَّهُ مَانِعُ حَقِّهَا فِي الجِمَاعِ، فَيَنُوبُ القَاضِي مَنَابَهُ فِي التَّسرِيحِ، كَمَا فِي الجُبِّ وَالعِنَّةِ ....

وقال أحمد: للحاكم أن يطلقها رجعية أو بائنة أو ثنتين أو ثلاثًا أو يفسخ النكاح. والمختار عنده: أن يطلقها رجعية[1]. كما قال الشافعي ومالك.

وقالت الظاهرية: لا يطلّق الحاكم وتطليقه باطل؛ ولكن يخبره بالبينونة وبحبسه إلى أن يفيء أو يطلقها[2]، وبه قال الشافعي في القديم.

(لأنه مانع حقها)؛ أي: ثبوت حكم الإيلاء بقصده الإضرار والعنت بمنع حقها في الجماع، ويزول ذلك بالفيء، وإذا لم يفيء أو يطلق؛ ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة بل أولى؛ لأن الزوج هناك معذور وهاهنا متعنت، والقاضي نُصِبَ لرفع الظلم لو [وقع].

فالخلاف في موضعين[3]؛ أحدهما: أن الفيء بعد المدة؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِن فَآءُو﴾ [البقرة ٢٢٦] والفاء للتعقيب فاقتضى جواز الفيء بعد المدة.

وعندنا: الفيء في المدة؛ لقراءة ابن مسعود: ﴿فَإِن فَآءُو﴾ فيهن، والشافعي ومالك جعلا قراءة ابن مسعود وأُبي وابن عباس وغيرهم تفسيرًا منهم. ولا وجه لهذا؛ لأن هذه القراءات ما قال أحد أنها تفسير؛ بدليل أن عثمان طلب مصحف ابن مسعود وأُبَيّ وابن عباس وغيرهم تفسيرًا مرويًّا عن رسول الله برواية هذه العدول لا يجوز مخالفته.

والثاني: أن التفريق عنده لا يكون إلا بتطليق الزوج أو تفريق القاضي؛ لأنه تعالى قال: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ﴾ [البقرة ٢٢٧] ولو وقع بمجرد مضي المدة لا يتصور العزم عليه بعد ذلك.

ولأن النص يشيرُ إلى أن عزيمة الطلاق بما هو مسموع، وذا بالإيقاع أو بتفريق القاضي إذا ظلم بمنع الفيء والفرقة.

---

(١) انظر: الهداية للكلوذاني (ص٤٦٨)، الإنصاف للمرداوي (٩/ ١٩٠).
(٢) المحلّى بالآثار لابن حزم (٩/ ١٧٨).
(٣) انظر: المبسوط للسَّرَخسِي (٧/ ٢٠).

وَلَنَا: أَنَّهُ ظَلَمَهَا بِمَنعِ حَقِّهَا فَجَازَاهُ الشَّرعُ بِزَوَالِ نِعمَةِ النِّكَاحِ عِندَ مُضِيِّ هَذِهِ المُدَّةِ، وَهُوَ المَأثُورُ عَن عُثمَانَ وَعَلِيٍّ ....

ولنا: عزيمة الطلاق مضي أربعة أشهر، روي عن ابن عباس موقوفًا ومرفوعًا، وقد أضافه إلى الزوج؛ فدلَّ أن الطلاق يتم به من غير حاجة إلى القضاء.

ومعنى الآية: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ﴾ بأن يصير الإيلاء طلاقًا فإن تمنع بإيلائه عُلِمَ بقصده الإضرار، والإيلاء كان طلاقًا معجّلًا في الجاهلية فجعله الشرع طلاقًا مؤجلًا كأنه قال: إذا مضت أربعة أشهر فأنتِ طالق.

ولأن هذه المدة مدة تربص بعد ما أظهر الزوج أنه غير مُريدٍ لها؛ فتبين بمضيها كمدة العدة بعد الطلاق الرجعي، وهذا لأنه أظهر الطلاق الرجعي كراهة صحبتها؛ فصار كأنه علق البينونة بمضي المدة. قيل: المراد هنا بيمينه أظهر كراهيتها[(١)]؛ كأنه علق البينونة بمضي المدة [٤٦٠/ب] قبل أن يفيء إليها؛ ولهذا جعلنا الواقع تطليقة بائنة؛ لأن المقصود دفع الضرر عنها ولا يحصل بالرجعيّ؛ ولكن العدة هنا تجب بعد مضي المدة -أي: عند الجمهور من العلماء والأئمة الأربعة-؛ لأن الوقوع بعده، ثم كان الطلاق واقعًا فجعلنا الأقراء محسوبة من العدة. كذا في المبسوط[(٢)].

قوله: **(ظَلَمَهَا بِمَنْعِ حَقِّهَا فَجَازَاهُ الشَّرْعُ)** فإن قيل: الزوج إذا وطئها مرة؛ ولهذا يتأكد المهر ويثبت الإحصان، فما زاد على ذلك مستحق ديانة لا حكمًا -ذكره قاضي خان-، وهاهنا بعد وطئها مرة؛ فكيف يكون بمنع الوطء ظالمًا لأنه غير مستحق حكمًا؟

قلنا: نعم وجب عليه قضاء بالوطء مرة بعد أخرى ديانة؛ فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح لمنعه ما عليه ديانة[(٣)].

---

(١) في المبسوط: كأنه علق البينونة بمضي المدة قبل أن يراجعها، وهنا هو بيمينه يظهر كراهيتها. . . .

(٢) المبسوط للسَّرَخسِي (٧/ ٢١).

(٣) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٦٣) وفيه: أو نقول ظلمها بجعل الوطء حراما عليه لغيره وهو اليمين فيفوت الإمساك بالمعروف فيجب التسريح بالإحسان جزاء لظلمه.

وَالعَبَادِلَةِ الثَّلَاثَةِ وَزَيدِ بنِ ثَابِت - رِضوَانُ اللَّهِ عَلَيهِم أجمَعِينَ -، وَكَفَى بِهِم قُدوَةٌ، وَلِأَنَّهُ كَانَ طَلَاقا فِي الجَاهِلِيَّةِ فَحَكَمَ الشَّرعُ بِتَأجِيلِهِ إِلَى انقِضَاءِ المُدَّةِ (فَإِن كَانَ حَلَفَ عَلَى أَربَعَةِ أَشهُر فَقَد سَقَطَت اليَمِينُ) لِأَنَّهَا كَانَت مُؤَقَّتَة بِهِ (وَإِن كَانَ حَلَفَ عَلَى الأَبَدِ فَاليَمِينُ بَاقِيَةٌ) لِأَنَّهَا مُطلَقَة وَلَم يُوجَد الحِنثُ لِتَرتَفِعَ بِهِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَتَكَرَّرُ الطَّلَاقُ قَبلَ التَّزَوُّجِ، ....

قوله: (والعبادلة الثلاثة) عند الفقهاء: عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر، وعند المحدثين هم أربعة: عبد الله بن عمر وابن الزبير وابن عباس وابن عمرو، ولم يذكروا فيهم عبد الله بن مسعود؛ لأنه من كبار الصحابة فلا يدخل فيهم. ذكره في المغرب[(١)].

قوله: (حلف على الأبد)، ذكر لفظ الأبد ليس بشرط في حق هذا الحكم؛ بل المراد منه إن لم يتقيد بوقت يكون مؤبدًا.[ذكره التمرتاشي.

(لأنها) أي: لأن اليمين. **(مطلقة)** أي: عن الوقت فكان مؤبّدا][(٢)].

قوله: (إلا أنه [لا][(٣)] يتكرر الطلاق قبل التزويج) هذا احتراز عن قول أبي سهل الشَّرْغِيُّ[(٤)] فإنه ينعقد اليمين بعد مضي أربعة أشهر قبل انقضاء عدتها وتقعُ تطليقة بمضيها وكذا الثالثة؛ لأن معنى الإيلاء كلما مضت أربعة أشهر ولم أقربُكِ فيها فأنتِ طالق، ولو صرح لها كان الحكم فيه ما بينَّا كذا هذا[(٥)].

وقال الكرخي: لا تنعقد اليمين الثانية ما لم يتزوجها وهو الأصح؛ لأن في انعقاد اليمين ابتداء لابد من اعتبار معنى الإضرار، وذا لا يتقرر بعد البينونة ما لم يتزوجها؛ لأنه لا حقَّ لها في الجماع قبل التزويج فكذا لا ينعقد ما لم يتزوجها[(٦)].

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمُطَرِّزيّ (ص٣٠٢).
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) رسمت بالأصل (أبي سهل السرعي)، وبالثانية والثالثة (ابن سهل الشرعي)، وما أثبتناه من فتح القدير.
(٥) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٣٠).
(٦) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٣١).

لِأَنَّهُ لَم يُوجَد مَنعُ الحَقِّ بَعدَ البَينُونَةِ (فَإِن عَادَ فَتَزَوَّجَهَا عَادَ الإِيلَاءُ، فَإِن وَطِئَهَا، وَإِلَّا وَقَعَت بِمُضِيِّ أَربَعَةِ أَشهُر تَطلِيقَةٌ أُخرَى) لِأَنَّ اليَمِينَ بَاقِيَةٌ لِإِطلَاقِهَا، وَبِالتَّزَوُّجِ ثَبَتَ حَقُّهَا فَيَتَحَقَّقُ الظُّلمُ وَيُعتَبَرُ ابتِدَاءُ هَذَا الإِيلَاءِ مِن وَقتِ التَّزَوُّجِ.

(فَإِن تَزَوَّجَهَا ثَالِثًا عَادَ الإِيلَاءُ وَوَقَعَتْ بِمُضِيِّ أَربَعَةِ أَشهُر طلقةٌ أُخرَى إن لَم يَقرَبهَا) لِمَا بَيَّنَاهُ (فَإِن تَزَوَّجَهَا بَعدَ زَوج آخَرَ لَم يَقَع بِذَلِكَ الإِيلَاءِ طَلَاقٌ) لِتَقَيُّدِهِ بِطَلَاقِ هَذَا المِلكِ، وَهِيَ فَرعُ مَسأَلَةِ التَّنجِيزِ الخِلَافِيَّةِ وَقَد مَرَّ مِن قَبلُ (وَاليَمِينُ بَاقِيَةٌ) لِإِطلَاقِهَا وَعَدَمِ الحِنثِ (فَإِن وَطِئَهَا كَفَّرَ عَن يَمِينِهِ) لِوُجُودِ الحِنثِ (فَإِن حَلَفَ

(فإن عاد فتزوجها)؛ أي: تزوجها بعد البينونة بمضي أربعة أشهر وبعد انقضاء عدتها، فإنه لو تزوجها قبل انقضاء العدة؛ كان ابتداء الإيلاء الثاني من وقت الطلاق لا من وقت التزويج.

وقد ذكر هاهنا: ابتداء الإيلاء من التزوج(١)؛ فعُلم أن التزوج كان بعد انقضاء العدة.

في العيون: قال لها: لا أقربكِ سنة بمضي أربعة أشهر ولم يقربها؛ بانت، ثم تزوجها ومضت أربعة أخرى؛ بانت أيضًا، قال: فإن تزوجها ثالثًا لا شيء؛ لأنه لم يبق من السَّنَةِ بعد هذا التزوج أربعة أشهر. ذكره في المحيط(٢)

قوله: (ويعتبرُ ابتداء هذا)؛ أي: الإيلاء الثاني؛ لما ذكرنا أنه انعقد بعد انقضاء العدة بالتزوج فكان احترازًا عن انعقاد إيلاء الثاني قبل انقضاء العدة، فإنه لو تزوجها في العدة يعتبر انعقاد الإيلاء الثاني من وقت وقوع الطلاق الأول. ذكره التمرتاشي والمرغيناني(٣).

(لإطلاقها)؛ أي: لإطلاق اليمين؛ فتكون باقية بعد الطلاق الثلاث.

(وعدم الحنث) بالجرِّ عطفًا على **(لإطلاقها)**؛ يعني: لم يتقيد يمينه بوقت

---

(١) قال بالمتن: ويعتبر ابتداء هذه المدة من وقت التزوج.
(٢) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٤٦).
(٣) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٦٣).

عَلَى أَقَلَّ مِن أَربَعَةِ أَشهُر لَم يَكُن مُوليا) لِقَولِ ابنِ عَبَّاس: «لَا إِيلَاءَ فِيمَا دُونَ أَربَعَةِ أَشهُر»، وَلِأَنَّ الِامتِنَاعَ عَن قُربَانِهَا فِي أَكثَرِ المُدَّةِ بِلَا مَانِع ....

حتى ينقضي بانقضاء ذلك الوقت، ولم يحنث فيه أيضًا؛ إذِ الكلام فيما إذا لم يطأها. و(**لم يكن مُوليًا**)، وبه قالت الأئمة الأربعة وأكثر العلماء، وهو (**قول ابن عباس**) ونص القرآن.

وقالت الظاهرية، والنخعي، وقتادة، وحماد، وابن أبي ليلى، وإسحاق: يصير موليًا في قليل المدة وكثيرها، وتصرف تلك المدة لإيلائه. وكان أبو حنيفة أولًا يقول به، ثم رجع إلى قول ابن عباس لما صح عنده، وقالوا: النص مطلق؛ فقال: يُعمِلون الآية.

والإيلاء: هو اليمين؛ فتفسد[1] اليمين بأربعة أشهر زيادة على النص.

وقلنا: المولي من ترك قِربانها في المدة يلزمه شيء، وههنا يتمكن من قربانها بمضي الشهر من غير شيءٍ؛ فلم يكن موليًا كمن لو ترك مجامعتها في المدة من غير يمين. كذا في المبسوط[2].

قوله: (**في أكثر المدة**)؛ أي: مدة الإيلاء هو مثلًا: ثلاثة [أشهر][3].

(**بلا مانع**) وهو لزوم شيء. قيل: هو مشكل لجواز أن يحلف على ثلاثة أشهر فلا يكون الامتناع عن القربان في أكثر المدة بلا مانع.

وأجيب عنه: بأن وضع المسألة في الأصل فيمن حلف لا يقربها شهرًا؛ فعند الجمهور: لا يكون مُوليا.

وعند ابن أبي ليلى: يكون موليًا حتى لو لم يقربها أربعة أشهر؛ تطلق[4]، وقال في جوابه: الامتناع عن القربان في أكثر المدة بلا مانع؛ لأن المانع -وهو اليمين- معدوم في ثلاثة أشهر من هذه المدة.

---

(١) في الأصل: (فيتقيد) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٣٦).
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) في الأصل: (حتى لو لم يقربها أربعة يكون يطلق) وما أثبتناه من النسخة الثانية.

وَبِمِثْلِهِ لَا يُثْبِتُ حُكمَ الطَّلَاقِ فِيهِ (وَلَو قَالَ: وَاَللَّهِ لَا أَقرَبُك شَهرَينِ، وَشَهرَينِ بَعدَ هَذَينِ الشَّهرَينِ فَهُوَ مُولٍ) لِأَنَّهُ جَمَعَ بَينَهُمَا بِحَرفِ الجَمعِ فَصَارَ كَجَمعِهِ بِلَفظِ الجَمعِ (وَلَو مَكَثَ يَوما ثُمَّ قَالَ: وَاَللَّهِ لَا أَقرَبُكِ شَهرَينِ بَعدَ الشَّهرَينِ الأَوَّلَينِ) لَم يَكُن

وقيل: المراد بـ"الأكثر" أربعة أشهر وهو جميع المدة؛ سمَّاها "أكثر" باعتبار مدة الحلف؛ لأنها أكثر منها، وإذا كان كذلك فلا شكَّ أن المانع غير موجود في جميع [٤٦١/أ] الصور التي دون تلك المدة، وإن وجد المانع في البعض لانتفاء المجموع بانتفاء البعض. وهذا ضعيفٌ، وإنما يصح أن لو قال: أكثر المدتين، كذا في الكافي[(١)].

وقيل: لفظ "الأكثر" وقع مقحما. وبعد ذلك التقريب ظاهر.

قوله: (وَبِمِثْلِهِ) أي: وَبمثل الحلف الذي وقع على ما دُون أربعة أشهر.

(لا يثبت حكم الطلاق) بمضي أربعة أشهر؛ لما ذكرنا أن المولي من لا يملك قربانها في المدة بدون لزوم شيءٍ، وهاهنا يمكن قربانها بلا لزوم شيء.

قوله: (بحرف الجمع) وهو الواو.

(كالجمعه بلفظ [الجمع])[(٢)]؛ فصار كأنه قال: لا أقربكِ أربعة أشهر؛ فيكون موليًا وما حكي فيه خلاف، ولهذا لو قال "لا أكلمه يومًا ويومين"؛ تصير مدة اليمين ثلاثة أيام، وكذا لو قال: بعتُ هذا إلى شهر وشهر؛ كان الأجل شهرين. ذكره قاضي خان[(٣)].

قوله: (ولو مكث يومًا) صرح قاضي خان: يومًا أو ساعة، وكذا صرَّح بذكر الساعة المحبوبي.

وقيل: تكرير اليمين في مجلس أو مجالس، وبينهما أقل من يوم متحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف[(٤)]؛ فقيَّد مُكثه بيوم؛ لتكون المسألة اتفاقية.

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٤٩٤).
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من المتن.
(٣) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٤٩٥).
(٤) هكذا رسمت بالنسخ، وفي البناية (وهما أقل من يوم متحد يخير..)، وفي الفتح (وبينهما أقل من يوم تنجيز..).

مُولِيًا لِأَنَّ الثَّانِيَ إيجَابٌ مُبتَدَأٌ، وَقَد صَارَ مَمنُوعًا بَعدَ اليَمِينِ الأُولَى شَهرَينِ، وَبَعدَ الثَّانِيَةِ أَربَعَةَ أَشهُر، إلَّا يَوما مَكَثَ فِيهِ، فَلَم تَتَكَامَل مُدَّةُ المَنعِ.

(وَلَو قَالَ: وَاللَّهِ لَا أَقرَبُك سَنَة إلَّا يَومًا لَم يَكُن مُولِيًا) خِلَافا لِزُفَرَ، هُوَ يَصرِفُ الِاستِثنَاءَ إلَى آخِرِهَا اعتِبَارًا بِالإِجَارَةِ، فَتَمَّت مُدَّةُ المَنعِ. وَلَنَا: أَنَّ المَولَى مَن لَا يُمكِنُهُ القُربَانُ أَربَعَةَ أَشهُر إلَّا بِشَيء يَلزَمُهُ، وَهَاهُنَا يُمكِنُهُ، لِأَنَّ المُستَثنَى يَومَ مُنكَرٌ،

(فلم تتكامل مُدة المنع) فلا يكون إيلاء، وتكون يمينين مستقبلتين، ويلزمه بالوطء كفارتان، كما لو قال "والله لا أقربك يومًا ولا يومين"؛ فتنقضي مدة اليمين بيومين وتلزمه كفارتان. هكذا ذكر في البحرين. وهو مشكل؛ لما ذكر في جوامع الفقه: أنه لو قال "والله لا أقربك شهرين أو أربعة أشهر" ومكث يومًا أو ساعة، ثم قال "لا أقربك شهرين، أو شهرين بعد الشهرين الأولين"؛ لم يصر موليًا، وتكرير اليمين في مجلس أو مجالس وبينهما أقل من يوم متحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

قوله: (لم يكن موليًا) عندنا؛ أي: في الحال، وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور، وكذا لو قال "لا أقربك سنة" الأمر عندهم.

وقال (زفر): يصير في الحال ويُصرَفُ يوم المستثنى إلى آخر السنة. وبه قال الشافعي في القديم، وبعض المالكية؛ كما لو قال: "لا أقربكِ سَنةً" بنقصان يوم يكون مُوليًا في الحال بالاتفاق. ذكره في المبسوط[(١)].

(اعتبارًا بالإجارة) فإنه لو قال: أجرتك هذه الدار سنةً إلا يومًا؛ ينصرفُ اليوم إلى آخر السنة بالاتفاق. ذكره قاضي خان، وكذا لو قال: والله لا أكلمكَ[(٢)] سنة إلا يومًا، ينصرف إلى آخر السنة بالاتفاق.

قوله: ("يوم" منكر) في المبسوط: فلما كان "يوم" منكر كان ما من يوم يمر عليه إلا ويمكنه أن يجعله اليوم المستثنى؛ فيقربها فيه بغير شيءٍ، ولم يكن صرفها إلى آخر السنة؛ لأنه معين والمنكر غيره، وفيه تغيير[(٣)] كلامه بلا حاجة.

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٧/ ٢٦).
(٢) في الأصل: (وكذا لو قال أحلتك) وما أثبتناه من النسخة الثانية والثالثة.
(٣) في النسخ: (يعتبر) وما أثبتناه من المبسوط.

بِخِلَافِ الإِجَارَةِ، لِأَنَّ الصَّرفَ إِلَى الآخِرِ لِتَصحِيحِهَا، فَإِنَّهَا لَا تَصِحُّ مَعَ التَّنكِيرِ، وَلَا كَذَلِكَ اليَمِينُ (وَلَو قَرِبَهَا فِي يَومٍ وَالبَاقِي أَربَعَةُ أَشهُرٍ أَو أَكثَرَ صَارَ مُولِيًا) لِسُقُوطِ الِاستِثنَاءِ.

(وَلَو قَالَ وَهُوَ بِالبَصرَةِ: وَاللّٰهِ لَا أَدخُلُ الكُوفَةَ وَامرَأَتُهُ بِهَا لَم يَكُن مُولِيًا) لِأَنَّهُ يُمكِنُهُ القُربَانُ مِن غَيرِ شَيءٍ يَلزَمُهُ بِالإِخرَاجِ مِن الكُوفَةِ، ....

(بخلاف الإجارة)؛ لأنا لو جعلنا اليوم منكرًا فيه؛ لم يصح العقد للجهالة، والجهالة لا تمنع انعقاد اليمين فيبقى منكرًا كما كان. وبخلاف قوله: إلا بنقصان يوم؛ لأن النقصان لا يكون إلا من آخر المدة. وبخلاف التأجيل؛ لأن المقصود منه التأخير، فلو لم يحمل إلى آخر السنة لا يحصل المقصود. وبخلاف مسألة اليمين؛ لأن الحامل له على ذلك اليمين مغايظته، والمغايظة في الحال قائمة فينصرف اليوم إلى آخر السنة[1]. وفيه نوع تأمل.

قوله: (لا تصح مع التنكير)؛ أي: للجهالة (ولا كذلك اليمين) لما ذكرنا أن الجهالة لا تمنع انعقاد اليمين. ويشكل عليه بمسألة "لا أكلمك سنة إلا يومًا" فإنه يصرف إلى آخر السنة بلا حاجة؛ لما ذكرت أن اليمين تنعقد مع الجهالة.

وجوابه ما ذكر قبيل هذا مع ما فيه.

فإن قيل: لو قال لأربع نسوة "لا أقرب واحدة منهن" يصير موليًا منهن مع أن النكرة تقتضي واحدًا لا بعينه.

قلنا: النكرة في الإثبات تخصّ، وفي النفي تعمّ لما عرف، وفي قوله "إلا يومًا" وقعت في موضع النفي فتعمّ. إليه أشير في المبسوط[2].

(صار موليًا) الآن، وبه قال: الشافعي وأحمد.

قوله: (بالإخراج من الكوفة) اعلم أنه لو حلف لا يقربها في مكان معين أو زمان معين؛ لا يكون موليًا عند الأربعة الأئمة وأصحابهم.

وقال أحمد في قول، وابن أبي ليلى، وإسحاق: هو مولٍ، فلو تركها أربعة

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٢٦).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٢٧).

....

أشهر بانت منه بالإيلاء، وكذا لو قال "لا أقربكِ إلا في أرض فلان" ولا يكون بينهما مسيرة أربعة أشهر.

[وعند الجمهور: إذا كان بينهما مسيرة أربعة أشهر؛ يصير موليا][(١)].

وفي جوامع الفقه: لو كان في بلد آخر فقال "والله لا أدخله" وبينهما أقل من ثمانية أشهر؛ لا يصير موليًا؛ لجواز أنها تخرج فيلتقيان في أقل من أربعة أشهر فيقربها.

وقال قاضي خان والمرغيناني: لو كان بينه وبينها مسيرة أربعة أشهر[(٢)]؛ فَفَيْؤُهُ باللسان ولم يعتبرا خروج كل واحدٍ بل اعتبرا السفر؛ إذْ لو اعتبرا سفر [٤٦١/ب] كلٍّ واحدٍ منهما إلى صاحبه يكون ذلك مسافة شهرين فلا حاجة إلى الفيء باللسان.

فإن قيل: يشكل على قوله: (لإمكان القربان من غير شيء بالإخراج عن الكوفة) ما لو حلف على أربع نسوة بأن قال: لا أقربهن؛ فهو مول بترك جماعهن في المدتين بالإيلاء عندنا خلافًا لزفر، مع أن له أن يطأ كل واحدة إلى أن يأتي الثلاث من [غير][(٣)] شيء يلزمه؛ لما أن الحنث لا يتعلق بأجزاء المحلوف قبل أن يأتي بالكل، كما لو حلف "لا أدخل هذه الأدور"؛ لا يحنث بدخول بعضها؛ عُلم أن إمكان القربان بغير شيء لا يمنع صحة الإيلاء.

قلنا: يمنع وإن صار مُوليًا في تلك المسألة مع إمكان القربان على ما يحلف؛ لأن الحالف مُضارّ متعنتٌ في حق كل واحدة منهن بمنع حقها في الجماع فيكون مُوليًا منهن على الانفراد، إلا أنه لا يلزمه الكفارة بقربان بعضهن؛ لأن الكفارة موجب الحنث فلا تجب ما لم يتم شرط الحِنْث وهو قربان جميعن، أما وقوع الطلاق فباعتبار البر، وذلك يتحقق في كل واحدةٍ

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية والثالثة.
(٢) في الأصل: (لو كان بينه وبينها أقل من ثمانية أشهر) وما أثبتناه من النسخة الثانية والثالثة.
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَلَو حَلَفَ بِحَجٍّ أَو بِصَوم أَو بِصَدَقَة أَو عِتق أَو طَلَاق فَهُوَ مُولٍ) لِتَحَقُّقِ المَنعِ بِاليَمِينِ، وَهُوَ ذِكرُ الشَّرطِ وَالجَزَاءِ، وَهَذِهِ الأَجزِيَةُ مَانِعَةٌ لِمَا فِيهَا مِن المَشَقَّةِ. وَصُورَةُ الحَلِفِ بِالعِتقِ: أَن يُعَلِّقَ بِقُربَانِهَا عِتقَ عَبدِهِ، وَفِيهِ خِلَافُ أَبِي يُوسُفَ، فَإِنَّهُ يَقُولُ: يُمكِنُهُ البَيعُ ثُمَّ القُربَانُ فَلَا يَلزَمُهُ شَيءٌ، وَهُمَا يَقُولَانِ: البَيعُ مَوهُومٌ فَلَا يَمنَعُ المَانِعِيَّةَ فِيهِ(*)، وَالحَلِفُ بِالطَّلَاقِ أَن يُعَلِّقَ بِقُربَانِهَا طَلَاقَهَا أَو طَلَاقَ صَاحِبَتِهَا وَكُلُّ ذَلِكَ مَانِعٌ.

منهن؛ فلهذا بَرَّ بمضي المدة. كذا في المبسوط[1].

قوله: (ولو حلف بحج)، في المبسوط: لو قال: إن قربتك فعليَّ حجة أو إطعام أو صدقة أو صوم أو عتق أو طلاق صاحبتها[2].

(مول)؛ أي: باتفاق الأئمة الأربعة وجمهور العلماء.

وقالت الظاهرية: لا يكونُ موليًا إلا بالحلف بالله أو بصفة من صفاته كما في اليمين حتى حلف بالعتاق والصوم والمشي إلى بيت الله الحرام لا يكون موليًا ويؤدب[3]. وبه قال الشافعي في القديم[4]؛ لأن الإيلاء ثبت بالنص في اليمين.

وقلنا: الإيلاء **(المنع)** عن القربان **(باليمين، وهو: ذكر الشرط والجزاء، وهذه الأجزية مانعة)** عن الوطء فصار في معنى اليمين بالله تعالى؛ بأن حرمة اسم الله تعالى تمنعه عن الوطء؛ لما فيه من هتك حرمة اسمه، وهذه الأشياء مانعة أيضًا.

(وفيه)؛ أي: في العتق **(خلاف أبي يوسف)**

(البيع موهوم فلا يمنع المانعية)؛ لأن البيع لا يتم به وحده، وربما لا تجد في المدة مشتريًا؛ ولكن [إن] باعه؛ سقط الإيلاء؛ لأنه صار بحال يمكن قربانها [بغير شيء. فإذا اشتراه؛ لزمه الإيلاء من وقت الشراء، وكذا لو ملكه بسبب

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٢٧).

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٣٨).

(٣) المحلى بالآثار لابن حزم (٩/ ١٧٨).

(٤) حلية العلماء للشاشي (٧/ ١٣٨).

(وَإِن آلَى مِن المُطَلَّقَةِ الرَّجعِيَّةِ كَانَ مُولِيًا، وَإِن آلَى مِن البَائِنَةِ لَم يَكُن مُولِيًا) لِأَنَّ الزَّوجِيَّةَ قَائِمَةٌ فِي الأُولَى دُونَ الثَّانِيَةِ، وَمَحَلُّ الإِيلَاءِ مَن تَكُونُ ....

آخر. وبه قالت الأئمة الأربعة. وملك لو عاد بالإرث؛ لا يعود الإيلاء؛ لأنه صار بحال لا يمكن قربانها][1] إلا بعتق يلزمه.

ولو جامعها بعدما باعه ثم اشتراه لم يكن مُوليًا؛ لأن اليمين قد سقطت.

ولو مات العبد قبل البيع؛ سقط الإيلاء؛ لأنه لا يتمكن من قربانها بعد موته من غير أن يلزمه شيء. كذا في المبسوط[2].

قوله: (وَإِنْ آلَى مِنَ الْمُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ كَانَ مُولِيًا) بإجماع الأئمة الأربعة وجمهور العلماء إلا رواية عن أحمد، ومن الثانية لا يكون موليًا أيضًا.

واختلفوا في أول مدة الإيلاء؛ فعندنا: أولها من وقت اليمين، وبه قال أحمد[3]. وعند الشافعي: من وقت رجعتها[4].

وفي المنافع: ينبغي أن لا يصير موليًا فيها؛ لأن الغالب فيها انقضاء العدة قبل المدة؛ فلا يقع بمضيها طلاق، مع أن الإيلاء ظلم، فلا يصار إليه إلا بيقين.

قيل في جوابه: يحتمل أن يمتد طهرها. وهو بعيد، وقول الشافعي أبعد لما ذكرنا، ولأن وطئها حرام عنده فلا حقَّ لها في الوطء فلا يتحقق الظلم بمنع حقها، ولأن المطلقة الرجعية كالمبانة عنده في حرمة الوطء؛ فينبغي ألا يصح إيلاؤها كما في المبانة.

ويشكل أيضًا على قولنا: أنه لا حقَّ لها في الجماع لا قضاءً ولا ديانة؛ ولهذا لا يكون لها ولاية المطالبة بالجماع، وتستحبُّ الرجعة بغيره؛ فكيف يتحقق الظلم من الزوج بمنع الجماع؟ فلا يترتب عليه جزاء الظلم الذي هو تحقق الإيلاء.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٣٦).
(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥٥٤).
(٤) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ٣٨٤).

مِن نِسَائِنَا بِالنَّصِّ، فَلَو انقَضَت العِدَّةُ قَبلَ انقِضَاءِ مُدَّةِ الإِيلَاءِ سَقَطَ الإِيلَاءُ لِفَوَاتِ المَحَلِّيَّةِ (وَلَو قَالَ لِأَجنَبِيَّة. وَاَللَّهِ لَا أَقرَبُكِ، أَو أَنتِ عَلَيَّ كَظَهرِ أُمِّي، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا لَم يَكُن مُولِيًا وَلَا مُظَاهِرًا) لِأَنَّ الكَلَامَ فِي مَخرَجِهِ وَقَعَ بَاطِلا لِانعِدَامِ المَحَلِّيَّةِ فَلَا يَنقَلِبُ صَحِيحا بَعدَ ذَلِك (وَإِن قَرِبَهَا كَفَّرَ) لِتَحَقُّقِ الحِنثِ، إِذِ اليَمِينُ مُنعَقِدَةٌ فِي حَقِّهِ (وَمُدَّةُ إِيلَاءِ الأَمَةِ شَهرَانِ) ....

قلنا: هي من نسائنا بالنص؛ [قال تعالى ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ والإيلاء يتحقق في النساء، وفي المنصوص الحكم][1] مضاف إلى النص لا إلى المعنى. كذا نقل عن العلامة شمس الأئمة الكردري رحمه الله[2].

قوله: (لانعدام المحلية)؛ لأن المحل كونها من نسائنا بالنصِّ، وما حكي فيه خلاف.

أما لو علق الإيلاء بالتزويج بأن قال "إن تزوجتكِ فوالله لا أقربكِ" فتزوجها كان موليًا عندنا، وبه قال، وقال الشافعي[3]، وأحمد[4]: لا يصير موليًا. وهو فرع تعليق الطلاق بالملك وقد تقدمت مذاهب الناس فيه مع وجوههم في باب الأيمان بالطلاق.

قوله: (في حقِّه)؛ في حق الحنث؛ لأن اليمين يعتمد بصُور المحلوف عليه من الفعل حسًّا، ولا يعتمد على ذلك الفعل وحرمته؛ ولهذا لا ينعقد بما هو حرام محض؛ بأن قال: والله لأشربن اليوم في هذا اليوم الخمر فمضى اليوم ولم يشرب؛ حنث.

قوله: (وَمُدَّةُ إِيلَاءِ الْأَمَةِ شَهْرَانِ)، وبه قال مالك[5]، وأحمد [٤٦٢/أ] في رواية[6]. وقال الشافعي[7]، وأحمد في ظاهر الرواية[8]، والظاهرية[9]: أن الحرَّ

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٦٦).
(٣) انظر: حلية العلماء للشاشي (٧/ ١٥٦).
(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥٤٨).
(٥) انظر: التبصرة للخمي (٥/ ٢٤٢٠).
(٦) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥٥٢).
(٧) انظر: حلية العلماء للشاشي (٧/ ١٥٧).
(٨) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥٥٢).
(٩) انظر: المحلى بالآثار لابن حزم (٩/ ١٨٧).

لِأَنَّ هَذِهِ مُدَّةٌ ضُرِبَت أَجَلا لِلبَينُونَةِ فَتَتَنَصَّفُ بِالرِّقِّ كَمُدَّةِ العِدَّةِ.

(وَإِن كَانَ المُولِي مَرِيضًا لَا يَقدِرُ عَلَى الجِمَاعِ أَو كَانَت مَرِيضَة أَو رَتقَاءَ أَو صَغِيرَة لَا تُجَامَعُ أَو كَانَت بَينَهُمَا مَسَافَةٌ لَا يَقدِرُ أَن يَصِلَ إِلَيهَا فِي مُدَّةِ الإِيلَاءِ، فَفَيؤُهُ أَن يَقُولَ بِلِسَانِهِ: «فِئتُ إِلَيهَا» فِي مُدَّةِ الإِيلَاءِ، فَإِن قَالَ ذَلِكَ سَقَطَ الإِيلَاءُ) ...

والعبد والأمة سواء في المدة. والمشهور عن مالك: إيلاء العبد شهران على الحرة والأمة؛ فيعتبر تزوج الأمة(١).

وفي الإيضاح: وهذا يبتني على الأصل الذي ذكرنا أن عند الخصم المدة ضُرِبت لإظهار الظلم بمنع الحق في الجماع، والحرة والأمة في ذلك سواء(٢).

وعندنا **(شرعت [أصلا](٣) للبينونة)**(٤) فتشابهت هذه العدة **(فتتنصّف بالرق)**؛ لأنه من حقوق النكاح.

وفي المبسوط: له إطلاق النص قال تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة ٢٢٦]، و"الذين" تتناول الأحرار والعبيد.

وقلنا: مدة الإيلاء مذكورة في النص بلفظ "التربّص" وهو مختص بالنكاح؛ فينتصف بالرق كمدة العدة، والجامع أنه منقصٌ لحِلِّ المحلّية(٥).

قوله: (وإن كان المولي مريضًا) إلى أن قال: **(ففيؤه أن يقول بلسانه)**، وهذا إذا كان مريضًا حين آلى وتمت المدة وهو مريض، وكذا لو اتصل بالإيلاء معًا.

أما لو آلى صحيحًا وبقي صحيحًا بعد الإيلاء مقدار ما يستطيع فيه أن يجامعها ثم مرض؛ لم يكن فيؤه إلا بالجماع. وقال زفر: فيؤه باللسان أيضًا؛ لعجزه عن الجماع. وقلنا: لما تمكَّن من جماعها فقد تحقق منه الإضرار والتعنت بمنع حقها في الجماع؛ فلا يكون رجوعه إلا بإيفاء حقها بالجماع(٦).

---

(١) انظر: المدونة لابن القاسم (٢/ ٣٥١).
(٢) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٦٦).
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) في المتن: ضربت أجلا للبينونة.
(٥) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٣٣).
(٦) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٢٩).

....

والقياس ألا يصح إيلاء المريض؛ لأن الحكم بالفرقة عند مضي المدة لدفع الظلم عنها في الجماع، ولا حقَّ لها في الجماع حالة المرض؛ فلا يكون هو ظالمًا بالامتناع، إلا أن النصَّ يقتضي صحة الإيلاء مُطلقًا من غير وصف الصحة(١).

وفي المبسوط: المرض قد يطول وقد يقصر؛ [فكان هو ظالما على تقدير أن يقصر](٢) من أربعة أشهر. إليه أشير في الفوائد الظهيرية.

وفي جوامع الفقه: لو عجز عن جماعها لرَتَقِها أو قرَنِها أو صِغَرِها، أو بالجبّ أو بالعنّة، أو كان أسيرًا في دار الحرب، أو لكونها ممتنعة، أو كانت في مكان لا يُعرف وهي ناشزة، أو بينهما أربعة أشهر، أو حال القاضي بينهما بشهادة الطلاق الثلاث؛ ففيؤه باللسان بأن يقول: فِئْتُ إليها أو رجعتُ أو راجعتُها أو ارتجعتُها أو أبطلتُ إيلائها؛ بشرط تمام العجز إلى تمام المدة(٣).

وهكذا في البدائع قال: أو كان محبوسًا. وقال في شرح مختصر الطحاوي: لو آلى منها وهي محبوسة(٤) أو هو محبوس، أو كان بينهما أقل من أربعة أشهر إلا أن السلطان أو العدو يمنعه عن ذلك لا يكون فيؤه باللسان، قال: ويمكن أن يوفق بين القولين في الحبس بأن يحمل ما ذكر في شرح المختصر على إمكان الوصول إلى السجن بأن يدخل عليها ليجامعها، ومنع العدو والسلطان نادر على شرف الزوال(٥). والحبس بحق لا يعتبر في الفيء باللسان وبظلم يعتبر في الغالب.

وفي خزانة الأكمل: المريض فيؤه بقلبه ولسانه، وفيه أيضًا: لو كانت مريضة أو صغيرة لا يجامع مثلها ففيؤه بالرضا بالقلب.

(١) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٦٧).
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٤٩٩).
(٤) في الأصول: (مجنونة) وما أثبتناه من البدائع.
(٥) بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ١٧٣).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا فَيْءَ إِلَّا بِالْجِمَاعِ، ....

وفي المرغيناني: لا يكون الفيء بالقلب. وذكر الجرجاني: لو فاء بقلبه ولم يتكلم بلسانه ومضت المدة إن صدقته كان فيئًا(١).

وفي المغني قال في الفيء: متى ما قدرتُ جامعتكِ(٢).

وعن الشافعي يقول: قد ندمتُ على ما فعلتُ، ومتى قدرت وطئتك(٣). ولا حاجة إلى قوله: ندمتُ، مع حصول المقصود بما تقدم.

وفي الجواهر: لا يصح إيلاء الخصي والمجبوب، وقال أصبغ: يصح فإن آلى ثم جبَّ؛ انقطع إيلاؤه(٤).

وفي الروضة: لا إيلاء من المجبوب على المذهب، فإن آلى ثم جب؛ لا يبطل إيلاؤه على المذهب، ومن الرتقاء والقرناء كهو من المجبوب(٥).

ويصح إيلاء المريض والخصي والمجبوب الذي بقي من ذَكَرِه قدر الحشفة(٦).

وفي المغني: لا يصح الإيلاء من الرَّتقاء والقَرْناء، و[المجبوب](٧) إن بقي شيءٌ من ذكره يمكنه الجماع به؛ صح إيلاؤه، ويصح من الخصي؛ فإنه ينزل منه ماء رقيق(٨).

وفي المعذور يصح بلسانه -وقلبه-، وبه قال: -علي-، وابن مسعود، وجابر بن زيد، وعكرمة، والبصري، والنخعي، والزهري، والثوري، وأبو قلابة، وأبو ثور، وأبو عبيد، والأوزاعي، وعكرمة، وهو مذهب الأئمة الثلاثة كقولنا، إلا أن عندهم إذا زال عذره وقَدَر على الجماع ورفعتْهُ إلى الحاكم يعود الفيء بالجماع أو الطلاق.

وقال سعيد بن جبير: لا يكون الفيء إلا بالجماع. ويروى عن أبي ثور(٩) -

---

(١) البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٥٠٠).
(٢) المغني لابن قدامة (٧/ ٥٦٠).
(٣) العزيز شرح الوجيز للرافعي (٩/ ١٩٧).
(٤) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٥٤٤).
(٥) روضة الطالبين للنووي (٨/ ٢٢٩).
(٦) روضة الطالبين للنووي (٨/ ٢٣٠).
(٧) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٨) المغني لابن قدامة (٧/ ٥٤٩).
(٩) في المغني: وقال أبو ثور: إذا لم يقدر، لم يوقف حتى يصح، أو يصل إن كان غائبا، ولا تلزمه الفيئة بلسانه؛ لأن الضرر بترك الوطء لا يزول بالقول.

وَإِلَيهِ ذَهَبَ الطَّحَاوِيُّ، لِأَنَّهُ لَو كَانَ فَيئًا لَكَانَ حِنثًا. وَلَنَا: أَنَّهُ آذَاهَا بِذِكرِ المَنعِ فَيَكُونُ إرضَاؤُهَا بِالوَعدِ بِاللِّسَانِ، وَإِذَا ارتَفَعَ الظُّلمُ لَا يُجَازَى بِالطَّلَاقِ (وَلَو قَدَرَ عَلَى الجِمَاعِ فِي المُدَّةِ بَطَلَ ذَلِكَ الفَيءُ، وَصَارَ فَيؤُهُ بِالجِمَاعِ) لِأَنَّهُ قَدَرَ عَلَى الأَصلِ قَبلَ حُصُولِ المَقصُودِ بِالحَلِفِ.

(وَإِذَا قَالَ لِامرَأَتِهِ: أَنتِ عَلَيَّ حَرَامٌ، سُئِلَ عَن نِيَّتِهِ، ....

واختاره الطحاوي[١]-.

ولا خلاف للشافعي أن الفيء باللسان يعتبر عند العجز عن الوطء[٢].

قوله: (لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ فَيْئًا لَكَانَ حِنْثًا)؛ لأن المتعلق بالفيء حكمان: [٤٦٢/ب] وجوب الكفارة وامتناع حكم الفرقة، ثم الفيءُ باللسان لا يعتبر في أحد الحكمين وهو الكفارة، وكذا في الحكم الآخر.

وقلنا: الكفارة تتعلق بالحنث، والحنث لا يتحقق بالفيء باللسان، فأما وقوع الطلاق بمضي المُدة باعتبار معنى الإضرار والتعنت، وذلك ينعدم بالفيء واللسان عند العجز؛ لأنه لا حقَّ لها في الجماع في هذه الحالة، فكان القصدُ بالإيلاء: الإضرار بإيحاشها باللسان؛ ففيؤه بالرجوع عنه بأن يرضيها بلسانه؛ إذِ التوبة بحسب الجناية[٣]، فالسرُّ بالسرِّ والإعلانُ بالإعلانِ.

فإذا وقع له رجوعًا عما قصد من الإضرار في حقها؛ سقط وصف الظلم عن يمينه وبقي مطلق اليمين، ووقوع الطلاق لا يصلح موجب مطلق اليمين؛ فيبطل حكمه من هذا، فلو قربها بعده؛ كفى لبقاء اليمين. وكذا في الكافي.

قوله: (قبل حصول المقصود بالحلف) وهو الفيء باللسان، وصار كالمتيمم إذا وجد الماء في خلال صلاته. ولا خلاف [فيه][٤] للأئمة الأربعة.

قوله: (إذا قال لامرأته: أنت عليَّ حرام سُئِل عن نيته)؛ لأنه تكلم بكلام

---

(١) في الثانية والثالثة: (الناطقي) وما أثبتناه من الأصل.
(٢) المغني لابن قدامة (٧/ ٥٦٠).
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٢٨).
(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

فَإِن قَالَ: أَرَدت الكَذِبَ فَهُوَ كَمَا قَالَ)، ....

مبهم يحتمل المعاني ولا يعرف المراد إلا من جهته؛ فيسأل عنه؛ إذْ بيان الْمُجمَل على الْمُجمِل، وقد بينا الألفاظ التي يقع بها الإيلاء من الصريح والكناية، وقوله "أنتِ عليَّ حرامٌ" من الكناية بحكم العرف.

وفي المرغيناني: لو قال: كل حلالٍ عليه، أو قال: حلال الله، أو قال: حلال المسلمين عليه حرام، ولم ينو شيئًا. قال: الفضلي، والهندواني، والإسكاف، وأبو بكر بن سعيد: تبين امرأته بطلقة.

ولو قال: لم أنو الطلاق؛ لا يصدَّق؛ لأنه صار طلاقًا عرفًا ولهذا لا يحلف به إلا الرجال، وفي الذخيرة: هذا كله طلاق بائن بالاتفاق.

ولو كانت له أربع نسوة؛ وقع على واحدة طلقة بائنة، وقال الأوزجندي والكسائي: تقع واحدة والبيان إليه. قال صاحب الذخيرة: وهو الأشبه والأظهر[(١)].

وفي الذخيرة: لو قال "أنتِ عليَّ حرام" سُئِل عن نيته هذا هو المذكور في كتب محمد رحمه الله، ولو لم تكن له امرأة؛ لا يلزمه شيء؛ لأنه يمين بالطلاق ولا زوجة له، فلو تزوج امرأة وباشر الشرط اختلفوا فيه؛ قال الهندواني: تبين المتزوجة، وقال غيره: لا تبين، وبه أخذ أبو الليث وعليه الفتوى؛ لكن يكون يمينًا لأن الحرام يمين. وكان نجم الدين النسفي يقول: يبطل هذا الكلام ولا يكون يمينًا.

ولو قال: أنت حرام ألف مرة؛ فهو واحدة، وكذا لو قال: أنتِ عليَّ حرام. إلا أن في الأول يكون يمينًا بغير نية بلا خلاف بين المشايخ، واختلفوا عند عدم النية. هكذا في الذخيرة[(٢)].

طلق الحرة واحدة ثم قال "أنتِ عليَّ حرام" ينوي ثنتين؛ لا تصح نيته، ولو نوى الثلاث صحت نيته وتقع طلقتان أخريان، وإن لم ينو إليهن فهو يمين؛

---

(١) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٢٠٩).
(٢) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٢٢٩)، البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٥٠٤).

....

لأن تحريم الحلال يمين، واليمين الأخرى كان كما [لو](١) نوى عند أبي حنيفة. ذكره المرغيناني(٢).

ولو قال: أنتِ معي في الحرام؛ فهو كقوله: أنتِ عليَّ حرام(٣).

ولو قالت: أنا عليكَ حرام، أو قالت: حلال؛ قال: أنتِ معي أو عليَّ مثل ما أنت على جميع أهل المصر؛ فهي طالق إن نواه(٤).

وفي جوامع الفقه قال: إن قربتك فأنتِ عليَّ حرام، ومضت مدة الإيلاء، ثم قال: نويت به الطلاق؛ طلقت ثنتين.

ولو قال: إن قربتكِ فأنتِ طالق، فمضت المدة، ثم قال: كنتُ قربتها في المدة؛ لم يصدَّق ووقعت طلقة أخرى(٥).

ولو قال: أنتِ حرام؛ فهو إيلاء إلا أن ينوي الطلاق.

ولو نوى **(الظهار فهو ظهار)**(٦) عند محمد وهو خلاف ما ذكر في الكتاب.

ولو [قال](٧): أنتما عليَّ حرام، ينوي الطلاق في أحدهما والإيلاء في الأخرى؛ فهو إيلاء فيهما عنده، وطلاق فيهما عندهما(٨).

اختلف أهل العلم في لفظ الحرام على خمسة عشر مذهبًا(٩):

الأول: ما ذكرنا أنه يُسئل عن نيته. وهو قول: أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، وابن مسعود وابن عباس وعائشة، والحسن البصري وعطاء وطاوس وابن المسيب

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٢٢٦)، البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٥٠٤).
(٣) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٢٣٠).
(٤) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٢٣١).
(٥) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٤٢).
(٦) انظر المتن ص ٣٥٤.
(٧) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٨) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٢٢٨).
(٩) انظر: الإشراف لابن المنذر (٥/ ٢٠٠)، الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ١٨٣)، المحلّى بالآثار لابن حزم (٩/ ٣٠٢)، الاستذكار لابن عبدالبر (٦/ ١٦)، اختلاف الأئمة العلماء لابن هبيرة (٢/ ١٨٧)، المغني لابن قدامة (٧/ ٤١٣).

....

وسعيد بن جبير، ورواية [عن][1] ابن حنبل وسليمان بن يسار وقتادة والأوزاعي وأبي ثور.

والثاني: أن الحرام ثلاث، وهو قول: علي وزيد بن ثابت وابن عمر، وابن أبي ليلى، ومالك إلا أنه قال: ينوى في غير المدخولة. وقد تقدَّم في كنايات الثلاث.

والثالث: أن فيه كفارة الظهار. يُروى عن ابن عباس، وبه قال: أحمد وأبو قلابة.

والرابع: هو على ما نوى فلو نوى ثنتين فثنتان. وبه قال: زفر والزهري.

والخامس: [٤٦٣/أ] أنه تطليقة بائنة لا غير. وبه قال: حماد بن أبي سيمان.

والسادس: التوقف فيه. يروى عن علي.

والسابع: إذا لم يكن له نية فليس بشيء. وبه قال: النخعي في رواية.

وعند الشافعية ثلاثة أوجه أحدها: رواية النخعي، والثاني: أن فيه لزوم كفارة، والثالث: صريح في حرمة الأمة كناية في الحرة، ولو نوى به الطلاق فهي طلقة رجعية، ولو نوى ثنتين أو ثلاثة فهو على ما نوى، ولو نوى ظهارًا فهو ظهار، ولو نوى التحريم فليس فيه إلا الكفارة.

والثامن: قال مسروق والشعبي: هو مثل تحريم قصعة ثريد؛ ليس بشيء، وبه قال أبو سلمة.

والتاسع: هو على ما نوى، في الواحدة بائنة، ولو نوى فثلاث، وإن لم تكن له نية فليس بشيء ومن كذبه. وبه قال الثوري.

والعاشر: أنها تصير حرامًا بذلك ولم يذكروا طلاقًا. هكذا روي عن أبي هريرة وجابر بن زيد وخِلاس بن عمرو؛ فإنهم أمروه باجتنابها فقط.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

لِأَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلَامِهِ، وَقِيلَ: لَا يُصَدَّقُ فِي الْقَضَاءِ، لِأَنَّهُ يَمِينٌ ظَاهِرًا، (وَإِن قَالَ أَرَدتُ الطَّلَاقَ فَهِيَ تَطلِيقَةٌ بَائِنَةٌ ....

والحادي عشر: إن نوى واحدة فبائنة، وإن نوى ثلاثًا فثلاث، وإن نوى ثنتين فثنتان. وعليه مشايخنا المتأخرون إلا في نية الثنتين فإنه لا يصح عند أئمتنا الثلاثة.

والثاني عشر: فهو يمين لكن كفارته عتق رقبة. رُوي ذلك عن ابن عباس رضي الله عنه، وقال آخرون: هو يمين فقط.

والثالث عشر: يمين في غير الزوجة وليس بيمين في الزوجة. يروى عن الحسن، ووجه للشافعية.

والرابع عشر: ليس بشيءٍ في الأمة ولا في الزوجة والطعام كالأمة. وبه قال مالك.

والخامس عشر: إن ذلك باطل وكذب وهي زوجته، وإن زاد كالميتة والدم ولحم الخنزير نوى بذلك كله الطلاق أو لم ينو.

وقيل: إنه مذهب ابن عباس، والشعبي، وأبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف، وأبي سليمان الخطابي، وجميع الظاهرية؛ لأنه نوى حقيقة كلامه؛ لأن امرأته حلالٌ له.

وقوله: "أنت عليَّ حرام" كذبٌ، والخبر يحتمل الكذب، وإرادة الكذب من الكلام [الكذب][١] حقيقة له؛ كما لو قال "أنت حرة" وقال: أردت نعتها بالحرة لا الطلاق؛ يصدَّق قضاء؛ (**لأنه نوى حقيقة كلامه**). كذا ذكره الحلواني[٢]. وقال السرخسي: (**لا يُصدَّق في القضاء، لأنه يمينٌ ظاهر**)؛ إذْ تحريم الحلال يمين بالنص[٣].

(**تطليقة بائنة**)؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه؛ إذِ الحرمة من موجبات الطلاق،

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٦٧).
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٧١).

إِلَّا أن يَنوِيَ الثَّلَاثَ) وَقَد ذَكَرنَاهُ فِي الكِنَايَاتِ (وَإِن قَالَ أَردت الظِّهَارَ فَهُوَ ظِهَارٌ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَيسَ بِظِهَارٍ لِانعِدَامِ التَّشبِيهِ بِالمُحَرَّمَةِ وَهُوَ الرُّكنُ فِيهِ.(*) وَلَهُمَا: أَنَّهُ أَطلَقَ الحُرمَةَ وَفِي الظِّهَارِ نَوعُ حُرمَة، وَالمُطلَقُ يَحتَمِلُ المُقَيَّدَ (وَإِن قَالَ: أَرَدتُ

وإنما تقع بائنة؛ لأنه نوى الحرمة بزوال الملك وذلك لا يحصل إلا بالتطليقة البائنة[١]، وقد ذكرنا الاختلاف فيه.

(وهو)؛ أي: التشبيه (ركن فيه).

مسائل تتعلق بهذا الباب

في المحيط: لو قال: إن قربتك فعليَّ حجة أو عمرة أو هدي أو صوم أو إطعام مسكين أو صدقة أو اعتكاف أو يمين أو كفارة يمين؛ فهو مولٍ عندنا[٢]. وبه قال الشافعي، ومالك، وأحمد.

ولو قال: فعليَّ اتباع الجنازة أو سجدة التلاوة أو رباط أو قراءة القرآن أو الصلاة في بيت المقدس أو تسبيحة؛ فليس بمولٍ بالإجماع.

ولو قال: عليَّ أن أتصدق على المسكين بهذا الدرهم، أو قال: مالي هبة للمساكين؛ لا يصح إلا أن ينوي به التصدق به[٣].

وفي الخزانة: لو قال فعليَّ أن أتصدق بهذا الدرهم على هؤلاء المساكين؛ لم يصر موليًا[٤].

و[في الحرية][٥] لو قال: إن قربتك فكل مملوك لي أو اشتريته فيما يستقبل فهو حرّ؛ يصير موليًا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال [مالك][٦] وأبو يوسف: لا يصير موليًا وهو رواية عنهما. وكذا لو قال: كل امرأة لي فهي طالق يصير موليًا

(*) الراجح: قول الشيخين.

(١) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٧٠).

(٢) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٤١).

(٣) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٢٠٣).

(٤) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٤٩٧).

(٥) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٦) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

التَّحرِيمَ، أَو لَم أُرِد بِهِ شَيئًا، فَهُوَ يَمِينٌ يَصِيرُ بِهِ مُولِيًا) لِأَنَّ الأَصلَ فِي تَحرِيمِ الحَلَالِ إِنَّمَا هُوَ يَمِينٌ عِندَنَا، وَسَنَذكُرُهُ فِي الأَيمَانِ إِن شَاءَ اللَّهُ. وَمِن المَشَايِخِ مَن يَصرِفُ لَفظَةَ التَّحرِيمِ إِلَى الطَّلَاقِ مِن غَيرِ نِيَّة بِحُكمِ العُرفِ، وَاَللَّهُ أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

عندهما خلافًا لأبي يوسف. ولو قال: كل امرأة أتزوجها من أهل الإسلام؛ لم يصر موليًا[(١)].

وعلى هذا لو قال: لا أقربكِ حتى أعتق عبدي أو أُطلّق امرأتي فلانة؛ فهو مولٍ عندهما خلافًا لأبي يوسف، وكذا لو قال: حتى أطلقكِ؛ لم يصر موليًا؛ لأنه يمكنه القربان بغير شيء يلزمه بتقديم الغاية. ولهما: أنه لا يمكنه القربان قبل الغاية، ولا رفعها إلا بلازم، واللزوم لأجل قربانها كاللزوم به[(٢)].

وفي الخزانة: لو حلف العبد بعتق عبد بغير عينه لا بِعَبْدِ نفسِهِ؛ يصير موليًا كما لو نذر.

وفي البدائع: لو قال العبد فعليَّ حجة أو عمرة أو صوم؛ كان موليًا وكفارة يمينه ثابتة بالصوم[(٣)].

ولو آلَى بعتق عبده ثم باعه؛ سقط الإيلاء، فإن عاد؛ يعود الإيلاء من وقت عوده، فلو كان جامعها قبل عوده؛ لم يعد، ولو مات العبد سقط إيلاؤه[(٤)].

ولو قال: والله لا أقربكِ ما دُمتِ امرأتي، فأبانها ثم تزوجها؛ لم يصر موليًا، ويقربها بلا حنث، بخلاف [٤٦٣/ب] قوله: لا أقربكِ وأنتِ امرأتي[(٥)].

ولو قال: إن قربتكِ فعليَّ أن أنحر ولدي؛ صح الإيلاء. وفي شرح مختصر الكرخي: قالوا: يكون موليًا، وعند زفر: لا يصير موليًا بناء على أنه يلزمه بذلك ذبح شاة عندهم، وعند زفر: لا يلزمه شيء. وفي القواعد: ذبح الشاة قول أبي حنيفة ومحمد. وهو مروي عن ابن عباس[(٦)].

وقال مالك: ينحر جزورًا. وقال بعضهم: ينحر مائة من الإبل ذهابًا إلى

---

(١) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٤٢).
(٢) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٤٨).
(٣) بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ١٧٥).
(٤) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٣٦).
(٥) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٥١).
(٦) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٨/ ١٩٣).

....

حديث عبد المطلب وهي دية النفس.

وقيل: يهدي ديته رُوي ذلك عن عليٍّ، وبه قال أبو الليث.

وقال أبو يوسف وزفر والشافعي: لا شيء عليه؛ لأنه نذر بمعصية.

ولو قال: لا أقربكِ حتى ينزل عيسى ابن مريم، أو يخرج الدجال أو يأجوج ومأجوج أو الدابة أو تطلع الشمس من مغربها؛ فهو مولٍ استحسانًا[١]، وهو الصحيح من مذهب الشافعي[٢]. وفي شرح مختصر الجويني لابن طاهر: لا يقطع بكونه موليًا في الحال فإذا مضت مدة الإيلاء ولم يوجد ذلك؛ ظهر أنه كان موليًا فلها المطالبة. وبالأول قال مالك.

وكذا لو قال: والله لا أقربكِ حتى تصعدي السماء أو حتى يشيب الغراب؛ يصير موليًا.

ويأجوج ومأجوج: من بني آدم من حواء، وقيل: من امرأة أخرى فيكونون أخواتنا من الأب. ذكره النواوي.

قال لأربع نسائه[٣]: والله لا أقربكُنَّ يصير موليًا من جميعهن، وبه قال الشافعي[٤] ومالك[٥]. ولا يحنث بوطء بعضهن عند مالك، وبه قال الشافعي.

فإذا وطء ثلاثًا صار موليًا من الباقية على المذهب، وبه قال زفر. وعند مالك: يحنث بجماع واحدة منهن ولا يبقى موليًا من الباقيات، وبه قال أحمد. وعنه: لا يحنث بوطء واحدة، فإذا بقيت واحدة؛ صار موليًا كقول زفر، وقال القاضي من الحنابلة: يحنث بوطء واحدة ويبقى الإيلاء في الباقيات. وقلنا: إنها يمين واحدة وقد حنث فيها، والإيلاء لا يبقى بعد الحنث، وبه قال الشافعي.

وفي جوامع الفقه: قال لامرأتيه: لا أقربكما؛ يصير موليًا منهما استحسانًا

---

(١) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٢٥).
(٢) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ٣٦٨).
(٣) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٣٦)، تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٦٥).
(٤) انظر: البيان للعمراني (١٠/ ٢٩٦).
(٥) انظر: المدونة لابن القاسم (٢/ ٣٤٥).

....

ولا يحنث إلا بقربانهما. ولو قال: أنتما عليَّ حرام [يصير][(١)] بقربان أحدهما، ولو قال: إن قربتُ هذه وهذه فهو كقوله: إن قربتكما يصير موليًا منهما.

ولو قال: إن قربت هذه ثم هذه لم يصر موليًا من الثانية. قيل: ينبغي أن يكون إن قرب هذه فهذه مثلها؛ لأنه إذا قربها قبل الأولى لا يحنث للترتيب إلا من امرأته، ثم قال لأخرى: أشركتك في إيلاء هذه كان باطلًا؛ لأن الإشراك بغير حكم يمينه فإنه قبل الإشراك يحنث بقربان الأولى وبعد الإشراك لا يحنث إلا بقربانهما كما لو قال: والله لا أقربكما.

فلو قال: أنت عليَّ حرام، ثم قال لأخرى: أشركتكِ معها كان موليًا منهما ويصير كما لو قال: أنتما عليَّ حرام.

والفرق أن قوله "والله لا أقربكما" يصير يمينًا موجبًا للكفارة باعتبار هتك حرمة اسم الله تعالى بمباشرة الشرط، وذلك لا يتحقق إلا بقربانهما.

وقوله: أنتما عليَّ حرام؛ صار إيلاء باعتبار معنى التحريم، وذلك موجود في حق كل واحدة منهما على حدة. كذا في المبسوط والمحيط[(٢)].

ولو جُنَّ المولى ووطئها؛ انحلت ويخرج من الإيلاء. وقال مالك: لا ينحل الإيلاء بجنونه ولم تنقطع المدة بجنونه ولكن لا يطالب إلا بعد إفاقته. وفي المغني: يبقى موليًا حتى لو وطئها بعد الإفاقة تجب عليه الكفارة، وهو اختيار المزني من الشافعية[(٣)].

قال: إن وطئتك فعبدي هذا حرٌّ فمات العبد أو أعتقه بطل الإيلاء، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد، وذكرنا حكم الزوال بالتبع والهبة فيما تقدم.

قال: والله لا أقربك مرارًا في مجلس واحد؛ تتعدد الكفارة وتطلق ثلاثًا فيتبع بعضها بعضًا قياسًا وهو قول محمد وزفر، وواحدة استحسانًا وهو قولهما.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٢) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٤٣).

(٣) المغني لابن قدامة (٧/ ٥٥٤).

....

ولو قال: والله لا وطئتك في الدبر أو فيما دُون الفرج؛ لا يصير موليًا خلافًا لمالك، ولو قال: والله لا جامعتك جماع سوء؛ سُئِل عن نيته فإن قال: أردت الوطء في الدبر؛ صار موليًا، ولو قال: أردت به جماعًا ضعيفًا لا يزيد على التقاء الختانين؛ لم يكن موليًا(١). وإن قال: أردت التقاء الختانين؛ فهو مولٍ(٢)؛ [كما لو قال:](٣) والله لا أطأك إلا فيما دون الفرج. وإن لم تكن له نية؛ فليس بشيءٍ للاحتمال.

ولو قال: إن قربتك فعليَّ [٤٦٤/أ] أن أمشي في السوق؛ لا يكون مُوليًا عند الجمهور إلا رواية عن أحمد.

ولو قال الذمي: والله لا أقربك فهو مولٍ عند أبي حنيفة؛ لأنه من أهل الطلاق، وهو قول الشافعي وكذا ظهاره، وبه قال أحمد وأبو ثور. وقال مالك: يسقط بإسلامه، وقال أبو يوسف ومحمد: إن حلف بالله لا يصير مُوليًا ولو حلف بالعتق والطلاق يصير موليًا. ولو حلف بالصوم والحج والعُمرة والصدقة لا يصير موليًا بالاتفاق.

أبو حنيفة يقول: الذمّي يعظم الرب ويعتقد هتك حرمة اسمه؛ ولهذا يحلف في الدعاوى بالله وتؤكل ذبيحته بتسمية الله كالمسلم؛ فيظهر في حكم البِرِّ دون الحنث؛ لأن الكفارة عبادة لا تجب عليه.

ولو آلى مسلم من امرأته ثم ارتدَّ ثم تزوجها؛ يكون موليًا عند أبي حنيفة، وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة يبطل إيلاؤه.

ولو ظاهَرَ ثم ارتدَّ ثم أسلم؛ فهو على ظهاره في قول أبي حنيفة، وقالا: يسقط، وروى زفر عن أبي حنيفة: أن ظهاره يبطل عنده.

ولو أبانها في مدة الإيلاء ثم قربها؛ بطل إيلاؤه بالحنث، ولو فاء إليها

---

(١) في النسخة الثالثة: (فهو مول) وما أثبتناه من الأصل والثانية.
(٢) في الأصل: (لم يكن موليًا) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

بَابُ الخُلعِ

بلسانه وهي مبانة؛ لا يبطل وتقع بمُضي مدة الإيلاء. لعدم صحة الفَيء باللسان بعد البينونة وكذا لا يصحّ بعد مدة الإيلاء.

وفي التحفة: لو قال: أنت طالق قبل أن أقربك؛ يصير موليًا. فإن قربها؛ وقع الطلاق. وإن تركها حتى مضت مُدة الإيلاء؛ بانت منه. وإذا اختلفا في الفيء مع بقاء المدة؛ فالقول للزوج لأنه يملك الفيء. وبعد مُضي المدة؛ فالقول لها لأنه ادعى الفيء في حالة لا يملك فيها الفيء(١).

باب الخلع

لما بيَّن الطلاق بغير عوض مع أنواعه؛ شرع في الطلاق بعوض؛ وهو: الخلع.

ثم مناسبته بباب الإيلاء: أن في [الإيلاء](٢) نشوز من قبل الزوج، وفي الخلع نشوز من قبل المرأة.

أو الخلع ضد الإيلاء؛ لما أن التدارك في الإيلاء بيده بالجماع وغيره، ولا تدارك في الخلع؛ فكانت المناسبة بينهما على المضادة.

ثم قدم الخلع على الظهار واللعان؛ لما أنه أقرب شبهًا بالإيلاء من حيث الإباحة.

ثم الخلع لغة: اسم من الإخلاع، والاختلاع مصدر خالعت المرأة زوجها اختلاعًا إذا أرادته على طلاقها ببدل منها له. وخلع امرأته خُلعًا -بالضم-، واختلعت: إذا افتدت منه بالمال. كذا في الصحاح(٣).

وإنما قيل ذلك؛ لأن كلًّا منهما لباس لصاحبه قال تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ﴾ [البقرة ١٨٧] فإذا فعلا ذلك فكأنهما نزعا لباسهما؛ إذِ الخلع يستعمل في اللباس لغة وعرفًا يقال: خلع القميص فكان الخلع قلعًا وإزالة لغة(٤).

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ١٧٣).
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) الصحاح تاج اللغة للجوهري (٣/ ١٢٠٥).
(٤) المغرب في ترتيب المعرب للمُطَرِّزِيّ (ص١٥١).

(وَإِذَا تَشَاقَّ الزَّوجَانِ وَخَافَا أَن لَا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ، فَلَا بَأسَ بِأَن تَفتَدِيَ نَفسَهَا مِنهُ بِمَال يَخلَعُهَا بِهِ) لِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩] ......

وفي الشريعة: هو أخذ المال منها بإزاء ملك النكاح [بلفظ][1] الخلع. وقيل: إزالة الزوجية بالبدل.

وشرطه: ما هو شرط الطلاق.

وحكمه: وقوع الطلاق البائن، والفسخ في أحد قولي الشافعي.

وصفته: أنه يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانبها عند أبي حنيفة. وعندهما: يمينٌ من الجانبين.

قوله: (تشاقَّ) أي اختلعا وتخاصما، مشتق من الشقِّ وهو الجانب؛ فكأن الزوجين إذا تخاصما وتعادا يأخذ كل واحدٍ شقًّا خلاف شِق صاحبه، وجلس كل واحد في جانب خلاف جانب صاحبه.

(وخافا)؛ أي: عِلْماً؛ لأن الخوف من لوازم العلم، والمراد من الخوف العلم. قاله أبو عُبيد.

(حدود الله) ما يلزمها من لوازم الزوجية.

(﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾) أي: لا جناح على الزوج فيما أخذ، وعليها فيما أعطت.

[وسمي ما][2] أعطت فداء؛ لأنها كالأسير في يده، وفيه تخليص نفسها منه.

وما خالف في جواز الخلع[3] إلا بكر بن عبد الله المزني، وزعم أن الآية التي دلت على جوازه منسوخة بآية النساء وهي قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ﴾ [النساء ٢٠]. وليس كذلك؛ لأن شرط النسخ: تأخر تاريخ

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٣) انظر الأقوال في: مصنف عبد الرزاق الصنعاني (٦/ ٤٩٤) وما بعدها، مصنف ابن أبي شيبة (٤/ ١١٥) وما بعدها، المحلَّى بالآثار لابن حزم (٩/ ٥١١) وما بعدها، الاستذكار لابن عبدالبر (٦/ ٧٦) وما بعدها، بداية المجتهد لابن رشد (٣/ ٨٩) وما بعدها، المغني لابن قدامة (٧/ ٣٢٣) وما بعدها.

(فَإِذَا فَعَلَا ذَلِكَ وَقَعَ بِالْخُلعِ تَطلِيقَةٌ بَائِنَةٌ وَلَزِمَهَا المَالُ) لِقَولِهِ ﷺ: ....

الناسخ والاختلاف وتعذر الجمع، ولم يُوجد واحد منهما.

وقال ابن شبرمة وأبو قلابة: الخلع لا يحل حتى يجد على بطنها رَجُلًا لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [النساء ١٩].

وقالت الظاهرية: لا يجوز الخلع إلا بشرطين: إذا كرهته المرأة وخافت أن يبغضها فلا يفيها حقها؛ فلها أن تفتدي نفسها منه بتراضيها.

وقالت طائفة: لا يجوز الخلع إلا بإذن السلطان. مروي عن ابن سيرين وسعيد بن جبير والحسن البصري.

وقالت طائفة: لا يجوز الخلع إلا أن تقول المرأة لزوجها: لا أطيعُ لك أمرًا ولا أغتسل لك من جنابة.

وقالت طائفة: لا يجوز إلا مع نشوزه وإعراضه.

وقال عامة أهل العلم: [٤٦٤/ب] يجوز الخلع مطلقًا؛ لحديث ثابت بن قيس رواه البخاري وتجيء قصته.

والخلع مع الخوف وعدمه جائز عند عامة العلماء كمالك والشافعي وأصحابهما.

قوله: (فإذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة)، وهو قول: عثمان، وعلي، وابن مسعود، والحسن، وابن المسيب، وعطاء، وشريح، والشعبي، وقبيصة بن ذؤيب، ومجاهد، وأبي سلمة، والنخعي، والزهري، والأوزاعي، والثوري، ومكحول، وابن أبي نجيح، وعروة، ومالك، والشافعي في الجديد وعليه الفتوى ذكره في البسيط[١].

وقالت الظاهرية: تطليقة رجعية حتى لو راجعها رد عليها ما أخذ[٢].

وقال أحمد[٣] وإسحاق ابن راهويه: فرقة بغير طلاق، وهو قول ابن عباس

(١) البسيط للغزالي (ص٦٤٤).
(٢) المحلّى بالآثار لابن حزم (٩/٥١٨).
(٣) انظر: الهداية للكلوذاني (ص ٤١٤).

«الخُلعُ تَطلِيقَةٌ بَائِنَةٌ» ....

والقديم للشافعي قال صاحب البسيط: وهو المنصور في الخلاف[(١)].

قيل: ذكرت الشافعية أن الشافعي غسل كتبه القديمة وأشهد على نفسه بالرجوع عنها فمن جعلها مذهبًا فقد كذب عليها. قاله إمام الحرمين وغيره.

ومن قال: إن الفتوى على القول القديم في خمس عشر مسائل؛ فذلك باجتهادٍ منه ولم ينسبه إلى الشافعي.

وجه قول أحمد: أن ابن عباس استدل أن الخلع فسخ بأنه تعالى ذكر الطلاق ثم الخلع ثم الطلاق؛ فدلَّ على أنه ليس بطلاق؛ إذْ لو جعلناه طلاقًا لصارت التطليقات أربعًا في سياق هذه الآية، ولأن النكاح عقد محتمل للفسخ حتى يفسخ بخيار عدم الكفاءة وخيار العتق وخيار البلوغ عندكم، فيحتمل الفسخ بالتراضي بالخلع كالبيع.

ولنا: ما روي عن عمر وعلي وابن مسعود موقوفًا ومرفوعًا إلى النبي ﷺ أنَّ (**«الخُلعُ تَطلِيقَةٌ بَائِنَةٌ»**)، وروى البخاري أنه عليه السلام قال لثابت: **«اقبلِ الحديقةَ وطلِّقها تطليقةً»**[(٢)]، وفي رواية قال: **«اقبل الحديقة وخل سبيلها»**[(٣)]؛ فدلَّ أنه تطليقة بائنة.

ولأن الواقع لو كان رجعيًّا يردها كرهًا؛ فيرد الأمر على موضوعه بالنقض.

ولأن النكاح لا يحتمل الفسخ بعد التمام؛ ألا ترى أنه لا ينفسخ بالهلاك قبل التسليم، والملك الثابت به ضروري لا يظهر إلا في حق الاستيفاء، والفسخ بعدم الكفاءة والخيار قبل التمام؛ فكان في معنى الامتناع عن الإتمام. فأما

---

(١) البسيط للغزالي (ص٦٤٥).

(٢) أخرجه البخاري (٧/ ٤٦، برقم ٥٢٧٣) وقال عقبه: لا يتابع فيه عن ابن عباس. أهـ. لكن قال عقبه في نسخة المختصر النصيح في تهذيب الكتاب الجامع الصحيح (٢/ ٤٣٦): تابعه جرير بن حازم عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس، ثم ساق إسناده. أهـ. قال محققه: وهذا أليق بصحيح البخاري، الذي التزم بإخراج الصحيح، وعادة البخاري في الحديث الذي قد يظن فيه التفرد أو الشذوذ أن يشير إلى متابعاته عقب إخراجه، وقد مر لذلك نظائر.

(٣) أخرجه النسائي (٦/ ١٨٦، برقم ٣٤٩٧) من حديث الرُّبَيِّعَ بنت معوذ، بلفظ «خذ الذي لها عليك وخل سبيلها» قال في فتح الغفار (٣/ ١٥١٩) بإسنادٍ لا بأس به.

وَلِأَنَّهُ يَحتَمِلُ الطَّلَاقَ حَتَّى صَارَ مِن الكِنَايَاتِ، وَالوَاقِعُ بِالكِنَايَةِ بَائِنٌ، إِلَّا أَنَّ ذِكرَ المَالِ أَغنَى عَن النِّيَّةِ هُنَا، وَلِأَنَّهَا لَا تُسلِمُ المَالَ إِلَّا لِتَسلَمَ لَهَا نَفسُهَا وَذَلِكَ بِالبَيْنُونَةِ.

الخلع يكون تمام العقد، والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه؛ ولكن يحتمل القطع في الحال؛ فيجعل لفظ الخلع عبارة عن رفع القيد[١].

وأما الآية: فقد ذكر -تعالى- التطليقة الثالثة[٢] بعوض وبغير عوض، وبهذا لا يصير الطلاق أربعًا. ولأن الآية ساكتة عن بيان كونه فسخًا.

وحديث ثابت بن قيس: ناطق كما ذكرنا؛ فلا يجوز ترك العمل بما هو ناطق والعمل بما هو ساكت.

[فإن قيل:][٣] قال ابن حزم: حديث ثابت منسوخ؛ لما أن رواية ابن عباس وعمله بخلاف روايته؛ دليل فسخه.

قلنا: صحَّ رجوع ابن عباس إلى قول العامة، مع أنه روي عن ابن عباس أنه قال: أنه عليه السلام جعل الخلع تطليقة بائنة.

قال أبو ثور: إن خالعها بلفظ الطلاق؛ فله الرجعة، وبلفظ الخلع؛ لا.

ولو شرط في الخلع رجعتها؛ صح الخلع وبطل شرطه. وبه قال: أحمد، ومالك في رواية. وقال الشافعي: يبطل الخلع ويقع رجعيًّا. ذكره عنه في المغني[٤].

قلنا: هو لا يفسُد بفساد عوضه فكذا بالشرط الفاسد كالنكاح.

قوله: (ولأنه)؛ أي: لأن الخلع **(يحتمل الطلاق)**

(والواقع بالكناية بائن)؛ أي: سوى الألفاظ الثلاثة، مرت.

وقوله: (إلا أن ذكر المال) استثناء من **قوله: (حتى صار من الكنايات)**؛ يعني: لو صار الخلع من الكنايات لاحتيج إلى النية كما في سائر الكنايات.

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ١٧٢).
(٢) في الأصل: (الثانية) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من البناية.
(٤) المغني لابن قدامة (٧/ ٣٣١).

﴿وَإِن كَانَ النُّشُوزُ مِن قِبَلِهِ يُكرَهُ لَهُ أَن يَأخُذَ مِنهَا عِوَضًا﴾ ....

فأجاب عنه بهذا وقال: نعم كذلك إلا أن جانب الطلاق متعلق[1] بذكر المال، وقبوله بمقابلة فداء نفسها؛ فلم يحتج إلى النية كما في حال مذاكرة الطلاق.

في الذخيرة: خالعها ثم قال: لم أنو به الطلاق، فإن لم يذكر بدلًا؛ صدق ديانة وقضاء، وإن ذكر؛ لا يصدق قضاء ولا ديانة[2].

وفيه: لو قضى بكون الخلع فسخًا، قال بعض أصحابنا: ينفذ؛ لأنه مروي عن ابن عباس. وقال بعضهم: لا ينفذ؛ لأن رجوع ابن عباس إلى قول الجماعة صح[3].

وفي كتب الشافعية: الخلع طلقة إذا كان بلفظ الطلاق.

وبلفظ الخلع والفسخ والمفاداة: إن نوى الطلاق؛ فطلاق، وإن لم ينو فثلاثة أقوال: طلاق، أو فسخ، أو ليس بشيء.

ولفظ الخلع: صريح، وفي قول كناية. والمفاداة: كالخلع في الأصح.

[٤٦٥/أ] ولا خلاف في مذهبه أن الكناية لا تقع بلا نية وخالف فيه الأئمة الثلاثة[4].

قوله: (**وإن كان النشوز من قبله**)، يقال: نشزت المرأة على زوجها فهي ناشزة: إذا استغضبت عليه وأبغضته.

وعن الزجاج: النشوز يكون من الزوجين؛ وهو: كراهة كل واحد منهما صاحبه.

(**يكره له**)؛ أي: للزوج (**أن يأخذ منها عوضًا**) ويجوز الخلع على مال. وبه قال: الشافعي وأحمد ومالك في غير رواية ابن القاسم؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا﴾ [البقرة ٢٢٩].

وقال مالك في رواية ابن القاسم وأحمد في رواية كقولنا.

وقال الزهري ومالك: لا يحل له أخذ شيء إذا كان النشوز منه، ومع ذلك

---

(١) في الأصل: (يتعين) وما أثبتناه من النسخة الثانية. (٢) الذخيرة البرهانية لابن مازة (٤/ ٢٤٤).
(٣) الذخيرة البرهانية لابن مازة (٤/ ٢٤٣). (٤) انظر: حلية العلماء للشاشي (٦/ ٥٤١).

لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ﴾ [النساء: ٢٠] إِلَى أَن قَالَ: ﴿فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾ [النساء: ٢٠] وَلِأَنَّهُ أَوحَشَهَا بِالِاستِبدَالِ فَلَا يَزِيدُ فِي وَحشَتِهَا بِأَخذِ المَالِ (وَإِن كَانَ النُّشُوزُ مِنهَا ....

لو تخالعا لزمه الطلاق ويرد ما أخذ منها.

(﴿ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ﴾)؛ أي: زوجة مكان زوجة **إلى قوله**: (﴿فَلَا تَأْخُذُوا۟﴾) فإن قيل: النهي في الأفعال الحسية يوجب النسخ وعدم المشروعية، والأخذ من الأفعال الحسية؛ لعدم توقف عرفانه إلى ورود الشرع، مع أنه مؤكد بتأكيدات؛ وهو قوله: ﴿...أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَـٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ۝٢٠ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾ [النساء ٢٠] فكيف تبقى المشروعية؟

قلنا: قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة ٢٢٩] صريحٌ في إباحة الأخذ من كل وجه، وهذه الآية تقتضي عدم المشروعية وإباحة الأخذ؛ فظهرت من معارضتهما الكراهة، مع أن هذا النهي وإن ورد في الأفعال الحسية ولكن هو لمعنى في غيره؛ وهو: زيادة إيحاشها[1] فلا يعدم المشروعية في نفسه؛ كما في قوله عليه السلام: «**لا تتخذوا الدوابَّ كراسيَّ**»[2] وإليه أشار في الكتاب بقوله: وقد ترك في حق الإباحة لمعارض.

وتأويل الآية في الحل والحرمة لا في منع وجوب المال وتملكه؛ لإطلاق ما تلونا وهو قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة ٢٢٩].

ولأن اختيار الخلع أمر مكروه؛ قال عليه السلام في المختلعات: «**هنَّ المنافقاتُ**»[3][4] فأطلقنا الزيادة رجاء أن يصدها عن ذلك إذا كان النشوز منها،

---

(١) في الأصل: (أجناسها) وما أثبتناه من النسخة الثانية.

(٢) أخرجه أحمد (٣/ ٤٤٠، برقم ١٥٦٧٧)، والحاكم (١/ ٦١٢، برقم ١٦٢٥) وصححه، من حديث أنس الجهني.

(٣) في الأصل: (هن اللعينات هن المنافقات) وما أثبتناه من النسخة الثالثة؛ لموافقة نص الحديث.

(٤) أخرجه الترمذي (٢/ ٤٨٣، برقم ١١٨٦) من حديث ثوبان مرفوعا، وقال: هذا حديث غريب من هذا الوجه، وليس إسناده بالقوي، وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «أيما امرأة اختلعت من زوجها من غير بأس لم ترح رائحة الجنة».ا.هـ وقال في العلل: سألت محمدا عن هذا الحديث فلم يعرفه (١٧٤/ ٣٠٤). =

كَرِهنَا لَهُ أَن يَأخُذَ مِنهَا أَكثَرَ مِمَّا أَعطَاهَا) وَفِي رِوَايَةِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ: طَابَ الفَضلُ أَيضًا لِإِطلَاقِ مَا تَلَونَا بَدءًا.

وَوَجهُ الأُخرَى قَولُهُ ﷺ فِي امرَأَةِ ثَابِتِ بنِ قَيسِ بنِ شِمَاس: «أَمَّا الزِّيَادَةُ فَلَا»

وكرهنا الكل عند نشوزه لعله يصده عن ذلك؛ لأنه عليه السلام قال: «**لعنَ اللهُ كلَّ ذوَّاقٍ مِطلاقٍ**»[١].

ووجه إطلاق[٢] الزيادة إذا كان النشوز منها: ما رُوي أن امرأة ناشزة أتي بها إلى عمر رضي الله عنه فحبسها في بيت الزبل ثلاثة أيام ثم دعاها، فقال: كيف وجدت مبيتك، فقالت: ما بت ليلة هي أقر لعيني من هذه الليالي لأني لم أره، فقال عمر رضي الله عنه: وهل يكون النشوز إلا هكذا اخلعها ولو بقرطها[٣]. قال قتادة: يعني بجميع ما تملك. هكذا ذكره المحبوبي والكشافي.

(ووجه الأخرى) أي: الرواية الأخرى **(قوله ﷺ في امرأة ثابت بن قيس)** روي أن جميلة بنت سَلول كانت تحت ثابت بن قيس؛ فجاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: لا أعيب على ثابت في دين ولا خلق ولكني أخشى الكفر في الإسلام لشدة بغضي إياه، فقال عليه السلام: «**أتردّين عليهِ حديقتَه؟**» قالت: نعم[٤] وزيادة، فقال عليه السلام: «**أمَّا الزيادةُ فلا**» كذا رواه البخاري[٥]؛ فعلم أن أخذ الزيادة لا يجوز.

وفي رواية أحمد وأبي داود والنسائي هي حبيبة بنت سهل[٦] كانت عند

= وأخرجه النسائي (٦/ ١٦٨، برقم ٣٤٦١) بلفظ «المنتزعات والمختلعات هن المنافقات» من حديث أبي هريرة مرفوعا، وقال عقبه: قال الحسن: " لم أسمعه من غير أبي هريرة، قال أبو عبد الرحمن-النسائي-: الحسن لم يسمع من أبي هريرة شيئا.

(١) لم أجده بهذا اللفظ، ولعل الأقرب له ما أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٤/ ١٨٧، برقم ١٩١٩٣) «إن الله لا يحب كل ذواق من الرجال، ولا كل ذواقة من النساء»

(٢) هكذا بالأصل، وفي النسختين الثانية والثالثة (الطلاق).

(٣) أخرجه عبدالرزاق (٦/ ٥٠٤، برقم ١١٨٥١)، وابن أبي شيبة (٤/ ١٢٥، برقم ١٨٥٢٥).

(٤) إلى هاهنا أخرجه البخاري (٧/ ٤٧، برقم ٥٢٧٣).

(٥) قال ابن حجر: وأصله في البخاري بدون الزيادة. الدراية (٢/ ٧٥).

(٦) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٦٩، برقم ٢٢٢٨)، والنسائي (٦/ ١٦٩، برقم ٣٤٦٢)، وأحمد (٤/ ٣، برقم ١٦١٣٩).

وَقَد كَانَ النُّشُوزُ مِنهَا (فَلَو أَخَذَ الزِّيَادَةَ جَازَ فِي القَضَاءِ) وَكَذَلِكَ إِذَا أَخَذَ وَالنُّشُوزُ مِنهُ، لِأَنَّ مُقتَضَى مَا تَلَونَاه شَيئَانِ: الجَوَازُ حُكمًا وَالإِبَاحَةُ، وَقَد تُرِكَ العَمَلُ فِي حَقِّ

ثابت ابن قيس بن شماس فضربها وضرب يدها فأتت النبي ﷺ بعد الصُبح فدعاه عليه السلام وقال: «**خذْ بعضَ ما لها وفارقْها**» فقال: إني أصدقتها حديقتين وهما بيدها؛ فقال عليه السلام: «**خذْهُما وفارِقْها**» ففعل(١).

فإن قيل: هذا خبر واحد فكيف يعارض قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة ٢٢٩].

قلنا: النص إذا خص منه شيء أو عورض بنصٍ آخر مثله خرج عن كونه قطعيا(٢)؛ فيجوز تخصيصه بخبر الواحد مع أن هذا الحديث إن كان معارضًا لنص فموافق لنص آخر وهو قوله تعالى: ﴿فَلَا تَأْخُذُوا﴾ [النساء ٢٠]؛ فكان في الحقيقة معارضة الكتاب بالكتاب لا معارضة خبر الواحد؛ فجاز التمسك به؛ لأنه موافق لأحد النصين.

(مقتضى ما تلوناه) وهو قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة ٢٢٩].

(شيئان) جواز أخذ الزيادة حكمًا أو شرعًا، والثاني: إباحة أخذ الزيادة.

فإن قيل: الجواز والإباحة عبارتان عن معنى واحد أو شيئان لا ينفكان؛ لأنه لا جوازَ بدون الإباحة ولا إباحة بدون الجواز فكيف يجوز بقاء أحدهما مع انتفاء الآخر؟

قلنا: [بل](٣) هما شيئان [٤٦٥/ب] مختلفتان؛ لأن ضد الإباحة الكراهة وضد الجواز الحرمة، وبضدها تتبين الأشياء، وكذا شيئان ينفكان؛ ألا ترى أن البيع وقت النداء جائز وليس بمباح؛ لما أن الإباحة عبارة عن عدم الكراهة، واحتمل أن يكون الشيء جائزًا مع الكراهة، وهذا كثير النظير فإن جميع صور

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٦٩، برقم ٢٢٢٨) من حديث أمنا عائشة.
(٢) في الأصل: (خرج عن قوله: أصليًا) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

الإِبَاحَةِ لِمُعَارِض فَبَقِيَ مَعمُولًا فِي البَاقِي.

(وَإِن طَلَّقَهَا عَلَى مَال فَقَبِلَت وَقَعَ الطَّلَاقُ وَلَزِمَهَا المَالُ) لِأَنَّ الزَّوجَ يَستَبِدُّ بِالطَّلَاقِ تَنجِيزًا وَتَعلِيقًا، وَقَد عَلَّقَهُ بِقَبُولِهَا، وَالمَرأَةُ تَملِكُ التِزَامَ المَالِ لِوِلَايَتِهَا عَلَى نَفسِهَا، وَمِلكُ النِّكَاحِ مِمَّا يَجُوزُ الِاعتِيَاضُ عَنهُ وَإِن لَم يَكُن مَالا كَالقِصَاصِ ....

النهي في الأفعال [الشرعية][(١)] كذلك.

قوله: (لِمُعَارِضٍ)، وهو قوله عليه السلام: «**أما الزيادة فلا**»؛ إذِ النهي إذا كان لمعنى في غير المنهي عنه لا تعدم المشروعية، وحديث النهي عن أخذ الزيادة لمعنى في غيره؛ وهو: زيادة إيحاشها؛ فلم يكن متعرضًا للجواز فبقي مقتضى قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا﴾ [البقرة: ٢٢٩] الآية معمولًا في الجواز وهو معنى **قولِهِ: (فبقي معمولًا في الباقي)**؛ أي: في الجواز.

قوله: (وإن طلقها على مال) صورته: أن يقول: أنت طالق بألف أو على ألف.

أما إذا قال: أنت طالق وعليك ألف، فقبلت؛ يقع الطلاق ولا يلزمها المال عند أبي حنيفة خلافًا لهما على ما يجيء.

(وقد علقه)؛ أي: الطلاق بقبولها؛ لأن قوله "على ألف" يحتمل أن يكون معناه على ألف تؤدِّينه، ويحتمل أن يكون على ألف تقبلين، ورجح جانب القبول هاهنا على جانب الأداء بدلالة ذكره في مقام المعاوضة؛ وفي المعاوضات: يتعلق الحكم بالقبول لا الأداء، فلو قلنا بتعليقه بالأداء تكون كلمة "على" للشرط المحض، وهي إنما كانت [كذلك] في غير المعاوضات[(٢)]. كذا قيل.

(كالقصاص) فإنه ليس بمال؛ فجاز أخذ العوض عنه فكذا هاهنا.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من فتح القدير (٤/ ٢١٩) وفيه: وهو مضر في المعاوضات؛ لاستلزامه تعليق البيع على أداء الثمن ونحوه. وقد يقال: إن ذلك جائز في المعاوضات المحضة أما الخلع فليس محض معاوضة لما عرف.

(وَكَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا) لِمَا بَيَّنَّا وَلِأَنَّهُ مُعَاوَضَةُ المَالِ بِالنَّفسِ، وَقَد مَلَكَ الزَّوجُ أَحَدَ البَدَلَينِ، فَتَملِكُ هِيَ الآخَرَ، وَهِيَ النَّفسُ تَحقِيقًا لِلمُسَاوَاةِ.

قَالَ: (وَإِن بَطَلَ العِوَضُ فِي الخُلعِ مِثلَ: أَن يُخَالِعَ المُسلِمُ عَلَى خَمرٍ أَو خِنزِيرٍ أَو مَيتَةٍ، فَلَا شَيءَ لِلزَّوجِ، وَالفُرقَةُ بَائِنَةٌ، وَإِن بَطَلَ العِوَضُ فِي الطَّلَاقِ كَانَ رَجعِيًّا) فَوُقُوعُ الطَّلَاقِ فِي الوَجهَينِ لِلتَّعلِيقِ بِالقَبُولِ وَافتِرَاقُهُمَا فِي الحُكمِ، لِأَنَّهُ لَمَّا بَطَلَ العِوَضُ كَانَ العَامِلُ فِي الأَوَّلِ لَفظُ الخُلعِ وَهُوَ كِنَايَةٌ، وَفِي الثَّانِي: الصَّرِيحُ

(وكان الطلاق بائنًا) وقد بينا فيه المذاهب **(لما بينا)** وهو قوله: (ولأنها لا تسلم إلا ليسلم لها نفسها).

قوله: (فلا شيء للزوج)؛ أي: بالإجماع.

(والفرقة بائنة)؛ أي يقع طلاق بائن.

وفي المغني: لو خالعها على خمر أو خنزير أو ميتة أو حرٍّ؛ فهو كالخلع بغير عوض لا يلزمها شيءٌ عند الأئمة الثلاثة وأصحابهم، ويقع به عند مالك وأحمد: رجعيًا، وعند زفر: يردُّ مهرها، وعند الشافعي: يجب مهر المثل ويقع طلاق بائن كقولنا واعتبره بالنكاح[1].

وقلنا: ملك البضع عند الخروج غير متقوم فإذا رضي الزوج بما ليس بمال ولا بمتقوم؛ [كان راضيا بسقوطه مجانا بخلاف النكاح؛ فإن ملك البضع عند الدخول يتقوم][2].

(وإن بطل العوض في الطلاق كان رجعيًا)؛ أي: في الموطوءة، ودون الثلاث[3]. وبه قال الأئمة الثلاثة.

(وهو)؛ أي: لفظ الخلع **(كناية)** وبهذا لا يكتفي بل يجب أن يقال: وهو كناية، ولها دلالة على قطع الوصلة[4]؛ لأنه مشتق من خلع الخفّ أو القميص،

---

(١) المغني لابن قدامة (٧/ ٣٤٣).

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٣) أي: في الموطوءة، والمطلقة دون الثلاث.

(٤) في الأصل: (على قطع النكاح والوصلة) وما أثبتناه من النسخة الثانية.

وَهُوَ يَعقُبُ الرَّجعَةَ، وَإِنَّمَا لَم يَجِب لِلزَّوجِ شَيءٌ عَلَيهَا، لِأَنَّهَا مَا سَمَّت مَالًا مُتَقَوَّمًا حَتَّى تَصِيرَ غَارَّة لَهُ، وَلِأَنَّهُ لَا وَجهَ إِلَى إِيجَابِ المُسَمَّى لِلإِسلَامِ، وَلَا إِلَى إِيجَابِ غَيرِهِ لِعَدَمِ الِالتِزَامِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا خَالَعَ عَلَى خَلٍّ بِعَينِهِ فَظَهَرَ أَنَّهُ خَمرٌ، لِأَنَّهَا سَمَّت مَالًا فَصَارَ مَغرُورًا، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَاتَبَ أَو أَعتَقَ عَلَى خَمرٍ، حَيثُ تَجِبُ قِيمَةُ العَبدِ، لِأَنَّ مِلكَ المَولَى فِيهِ مُتَقَوِّمٌ وَمَا رَضِيَ بِزَوَالِهِ مَجَّانًا، ....

وإنما احتيج إلى هذا التأويل؛ لأن من الكنايات ما هو رجعي كما بينا[١].

(**بخلاف ما إذا خالع على خل بعينه فظهر خمرًا**)؛ فعلى قول أبي حنيفة عليها أن تردّ المهر، وعلى قولهما: كيل مثل ذلك[٢] من خَلٍّ وسطٍ[٣] كما في الصداق. ولو علم الزوج بكونه خمرًا فلا شيء له. وعند الشافعي: يجب مهر المثل[٤]، وعند أحمد وأبي ثور: تجب قيمته[٥].

(**وبخلاف ما إذا كاتب أو أعتق على خمر**) قيد بالخمر؛ لأنه لو كاتبه أو أعتقه على دم أو ميتة؛ فالكتابة هناك باطلة حتى لو أدّى الخمر أو الدم أو الميتة؛ لا يعتق ولا تجب القيمة.

وفي مسألتنا: الكتابة فاسدة حتى لو أدَّى الخمر يعتق؛ لأن فيها معنى تعليق العتق بأداء المسمى وعلى العبد قيمته.

(**لأن ملك المولى فيه**)؛ أي: في العبد (**متقوم**)؛ ولهذا لا يجوز اشتراط بدل العتق على الأجنبي كالبيع، ويعتق مجانًا بخلاف الطلاق.

(**وما رضي بزواله**)؛ أي: بزوال ملكه في العبد (**مجانًا**) وقد تعذر إيجاب المسمى لفساده؛ فيجبُ عليه رد ما احتبس عنده من ملك المولى؛ إذِ العتق بعد ثبوته لا يحتمل النقص؛ فيجب عليه قيمة نفسه.

---

(١) تعقبه العيني بقوله: هذا زيادة تعسف في التصرف على ما لا يخفى. البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٥١٥).
(٢) أي: يجب كيل مثل ذلك.
(٣) في الأصل: (وصدق) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٤) انظر: البيان للعمراني (١٠/ ٣١) يرجع عليها بقيمته في قوله القديم، وبمهر مثلها في قوله الجديد.
(٥) انظر: الهداية للكلوذاني (صـ ٤١٦) يرجع بالمثل إن كان مثليا، وبالقيمة إن كان قيميا.

أَمَّا مِلكُ البِضعِ فِي حَالَةِ الخُرُوجِ غَيرُ مُتَقَوِّمٍ عَلَى مَا نَذكُرُ، وَبِخِلَافِ النِّكَاحِ، لِأَنَّ البِضعَ فِي حَالَةِ الدُّخُولِ مُتَقَوِّمٌ، وَالفِقهُ أَنَّهُ شَرِيفٌ فَلَم يُشْرَعْ تَمَلُّكُهُ إِلَّا بِعِوَضٍ إِظهَارًا لِشَرَفِهِ، فَأَمَّا الإِسقَاطُ فَنَفسُهُ شَرَفٌ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى إِيجَابِ المَالِ.

(أما ملك البضع) في الخلع **(غير متقوم)**[(١)].

لأن إسقاطه نفسه شرف[(٢)]؛ فلا يحتاج إلى القيمة[(٣)]؛ فلا تجب القيمة، ولا المسمى؛ لفساده فيقع الطلاق مجانًا. إليه أشير في المبسوط وجامع التمرتاشي والإسْبِيجابي.

(فلا حاجة إلى إيجاب المال) إلا إذا تراضيا على مال.

وفي الجواهر للمالكية: خالعها على حرام وحلال؛ صح مثل خمر ومال، ولا يجب للزوج إلا المال[(٤)]. وهو قياس قول أصحابنا وأحمد.

وقياس قول الشافعي: يجب مهر المثل.

وفي جوامع الفقه: خالعها على عبد نفسه؛ لا يلزمها شيء؛ لأنه مال لا يستحقه بحال، ولابدَّ من القبول لوقوع الطلاق؛ كخلع المبانة والصغيرة، ولو خالعها على براءتها من دَين لها عليه غير المهر، أو على براءتها من كفالة نفس، أو على تأخير دين لها عليه [٤٦٦/أ] صحت[(٥)] البراءة والتأخير إلى أجل معلوم، ويكون الطلاق رجعيًّا، ويصح التأجيل في بدل الخلع إلى أجل مجهول جهالة مستدركة نحو الحصاد والدياس، وإلى العطاء وهبوب الريح؛ لا يصح، وكذا إلى الميسرة؛ لا يصحُّ التأجيل.

وفي المحيط: ويجب المالُ حالًّا، وفي جهالة البدل تفسد التسمية[(٦)]. وهو

---

(١) تمامها بالمتن: (أما ملك البضع في حالة الخروج فغير متقوّم).

(٢) (فأما الإسقاط فنفسه شرف) أي: يحصل به شرف البضع؛ للتخلص به من المملوكية.فتح القدير (٤/ ٢٢١).

(٣) لعدم لزوم إهانة المحل المحترم؛ حيث تعود المرأة مالكة على نفسها من كل وجه كما كانت.البناية (٥/ ٥١٧).

(٤) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٤٩٨).

(٥) في الأصل: (فتجب) وما أثبتناه من النسخة الثانية.

(٦) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٨١).

قَالَ: (وَمَا جَازَ أَن يَكُونَ مَهرًا جَازَ أَن يَكُونَ بَدَلًا فِي الخُلعِ) لِأَنَّ مَا يَصلُحُ عِوَضًا لِلمُتَقَوَّمِ أَولَى أَن يَصلُحَ عِوَضًا لِغَيرِ المُتَقَوِّمِ.

قول أحمد. وقال أبو ثور[١]: تفسُد بالجهالة، وهو قول أبي بكر من الحنابلة. وقال الشافعي: يجب مهر المثل كالنكاح.

وله أنه إسقاط؛ ولهذا يجوز تعليقه بالشرط وخلوه عن العوض؛ فكذا بالمجهول فصار كالوصية والإقرار فلا تضره الجهالة المستدركة، وتدخله المسامحة.

ولا يجوزُ إيجاب مهر مثل؛ لأنها لم ترض به، ولأن خروج البُضع من ملكه غير متقوم؛ بدليل لو أخرجته من ملكه بردها أو إرضاع من يفسد به نكاحها أو قبّلت نفسها أو قبّلها أجنبي لم يجب للزوج عوض عن بضعها.

ولو وطئت بشبهة؛ يجب المهر لها دون الزوج؛ فيثبت أنه لم[٢] يكن له في البضع ملك يزول بالخلع؛ فلا يصار إلى مهر المثل، وحقيقة المعنى: أن ملك النكاح ضروري شرع لضرورة الحل فلا يعدوه؛ لأن ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها.

قوله: (وما جاز أن يكون مهرًا) إلى آخره، وهذا بإجماع العلماء وإنما لم يذكر عكسه حيث لم يقل "وما لا يجوز أن يكون مهرًا لا يجوز أن يكون بدلًا في الخلع"؛ لأن من الأشياء ما يصلح للمهر ويصلح لبدل الخلع كدرهم إلى تسعة دراهم، وهذا أيضًا راجعٌ إلى أن البضع متقوّم حالة الدخول لا الخروج.

وفي المبسوط: خالعها بما في بطن جاريتها، أو بما في بطون أغنامها؛ جاز، وله ما في بطونها بخلاف المهر فإن في مثله يجب مهر المثل؛ لأن ما في البطن ليس بمال متقوّم في الحال ومال بعد الانفصال؛ لأن أحد العوضين وهو ملك النكاح لا يحتمل التعليق بالشرط، فكذا العوض الآخر فلا يمكن تصحيح التسمية في الحال؛ لأن المسمَّى ليس بمال، [ولا][٣] باعتبار المآل؛ لأنه في

---

(١) في الأصل: (أبو يوسف) وما أثبتناه من النسخة الثانية والثالثة.
(٢) في الأصل: (فيثبت أنه لو لم) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(فَإِن قَالَت لَهُ: خَالِعنِي ....

معنى الإضافة أو التعليق بالانفصال فكان لها مهر المثل.

فأما الخلع فأحد العوضين وهو الطلاق يحتمل الإضافة والتعليق، فكذا العوض الآخر؛ فأمكن تصحيح تسمية ما في البطن باعتبار المآل. وإذا صحَّت التسمية فله المسمى.

فإن لم يكن في بطنها شيء فلا شيء له؛ لأنها ما غرَّته لأن ما في البطن قد يكون الولد والميت، وقد يكون الريح؛ فلم تغره بتسمية المال؛ لأن ما [في بطنها] يتناول المال وغيره.

وما حدث في بطنها بعد ذلك[1] يكون لها؛ لأنها سمت الموجود في البطن عند الخلع فلا يتناول ما يحدث[2].

قوله: (فإن قالت له: خالعني) إلى آخره، وكذا لو قالت: على ما في بيتي ولم يكن في بيتها شيء؛ فلا شيء له.

ويقع الطلاق إذا خالعها على ذلك، وبه قال مالك وأحمد.

وفي البسيط: لو وقع الخلع بدون ذكر المال. قيل: يجب المال؛ لأنه معروف فيه كالمشروط في المنهاج وهو مهر المثل في الأظهر. وقيل: لا يجب المال بخلاف النكاح.

فإذا قلنا: لا يجب هل يفتقر إلى القبول؟ قيل: يفتقر؛ لأن المخالعة مفاعلة كالمقاتلة والمضاربة فلابدَّ منه. والخلعُ قد يقف على القبول كخلع السفيه والصغيرة على مال. قال إمام الحرمين: هذا يحسن في المخالعة، وفي خلعتك؛ ينبغي ألا يفتقر إلى القبول. وقيل: يفتقر وهو الرأي عندي مثل فارقتكِ وتاركتكِ وهو قول أصحابنا.

ولو نوى المال فوجهان: أحدهما: يصير كذكره فيقعُ بائنًا. والثاني: لا أثر لها، فعلى هذا لا يقع لعدم المال وصحة الطلاق مُقيد به.

وقيل: يقع وتلغو نية المال وتبقى نية أصل الطلاق فيقعُ رجعيًّا.

---

(١) أي: بعد الخلع.

(٢) فلا يتناول ما يحدث بعد ذلك؛ بل الحادث نماء فيكون لها. المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٨٨).

....

قال: ودعوى الفسخ ضعيفة مع جريانه مع الأجنبي والفسح يكون [بين][(١)] المتعاقدين والأجنبي لا يكون فسخًا فيه. والشافعي قطع بصحة خلع الأجنبي[(٢)].

وفي الوسيط: لو قال: خالعتكِ على ما في كفكِ صح الخلع إن صححنا بيع الغائب، ونزل على ما في كفها، وإن لم نصحح؛ فسد العوض ويجب الرجوع إلى مهر المثل[(٣)].

قال الغزالي و[قال][(٤)] أبو حنيفة: إن لم يكن في كفها شيء نزل على ثلاثة دراهم[(٥)] وعلّل. وقد غلط[(٦)] فإن في مذهبنا لا يلزمها شيء البتة من غير خلاف كما ذكرنا في الكتاب. وقد غلط فيها وأخطأ في ثلاثة مواضع: نقل الحكم، [٤٦٦/ب] ووضع علة الحكم، وجعل الواقع رجعيًّا.

والخلع عندنا كناية، والواقع بائن.

وكان يتعصب، وقد اتفق ثلاثمائة مفتٍ في زمان السلطان محمود على إباحة دمه، وأفتوا بقتله[(٧)] فخلصه الأرصابندي من الحنيفة، ثم صنف إحياء علوم الدين وذكر فيه مناقب أبي حنيفة وأطنب في مدحه بالعلم والزهد والورع. وذكر ابن عطية في تفسير سورة التكوير: ذهب قومٌ من الملحدين -كالغزالي- إلى أن الشمس نفس ابن آدم، والنجوم عيناه وحواسه، والعشار ساقاه وذلك عند موته[(٨)]. وكفَّروه بأمور منها قوله: ليس في الممكن أبدع من هذا العالم[(٩)].

وجه قول العامة: أنها لم تُغْرِهِ بمال فلا يلزمها مهر المثل ولا غيره؛ لأن

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) الكل من البسيط للغزالي (ص٦٤٩).
(٣) الوسيط للغزالي (٥/ ٣٢٦).
(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٥) الوسيط للغزالي (٥/ ٣٢٦).
(٦) أي: الغزالي في نقله عنا.
(٧) من أجل اعتقاده مذهب الحكماء، فقال السلطان محمود أنا رجل عامي لا أعرف هذا الأمر إن وجب قتله فاقتلوه. البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٥١٨).
(٨) تفسير ابن عطية (٥/ ٤٤٢) ولم يصرح باسم الغزالي.
(٩) وقد ثبتت توبته من ذلك. وانظر ترجمته في سير أعلام النبلاء (١٩/ ٣٢٢) وفي آخرها: فرحم الله الإمام أبا حامد، فأين مثله في علومه وفضائله؟ ولكن لا ندعي عصمته من الغلط والخطأ، ولا تقليد في الأصول.

عَلَى مَا فِي يَدِي فَخَالَعَهَا، فَلَم يَكُن فِي يَدِهَا شَيءٌ، فَلَا شَيءَ لَهُ عَلَيهَا) لِأَنَّهَا لَم تَغُرُّهُ بِتَسمِيَةِ المَالِ (وَإِن قَالَت: خَالِعنِي عَلَى مَا فِي يَدِي مِن مَال فَخَالَعَهَا، فَلَم يَكُن فِي يَدِهَا شَيءٌ رَدَّت عَلَيهِ مَهرَهَا) لِأَنَّهَا لَمَّا سَمَّت مَالًا لَم يَكُن الزَّوجُ رَاضِيًا بِالزَّوَالِ إلَّا بِعِوَض، وَلَا وَجهَ إلَى إيجَابِ المُسَمَّى وَقِيمَتِهِ لِلجَهَالَةِ، وَلَا إلَى قِيمَةِ البِضعِ، أَعنِي، مَهرَ المِثلِ، ....

وقوع الطلاق لا يفتقر إلى المال إلا بالاتفاق والالتزام الصحيح.

وفي المبسوط: لو قالت خالعني على ما [في][1] يدي أو ما في بيتي من المتاع؛ فله ما فيه، وإن لم يكن فيه [شيء]؛ رجع عليها بالمهر الذي أخذت منه؛ لأنها غرته بتسمية المتاع، وللمغرور دفع الضرر عن نفسه بالرجوع على الغار، ولا يمكن إثبات الرجوع بقيمة المتاع؛ لكونه مجهول الجنس والقدر، ولا بقيمة البضع؛ لأنه عند الخروج غير متقوم فكان أولى الأشياء ما ساق إليها من المهر فالضرر يندفع عنه بالرجوع بذلك[2]. وهذا معنى قول المصنف.

(فتعين إيجاب ما قام به على الزوج)؛ أي: الذي قام العقد به؛ أي: بذلك المال وهو المهر، وبه قال القاضي من الحنابلة. وفي المغني: عليها ما يقع عليه اسم المتاع عند أحمد[3]، وعند الشافعي عليها مهر المثل قولًا واحدًا[4]. وفي قاضي خان: لو قال لها: اخلعي نفسك بمال أو بما شئت، وقالت: اختلعت؛ لا يقع الطلاق لأنه يصير مستزيدًا ومستنقصًا، وهو محال، ولو قال: بألف فقالت: اختلعتُ. ذكر في الوكالة [أنه] يقع، وفي الطلاق أنه لا يتم؛ لأن التقدير لا يمنع الزيادة.

ولو قال: اخلعي نفسك ولم يذكر مالًا. ذكر خواهر زاده: أنه يقع طلقة بائنة.

وفي المنتقى: لا يصح ولا يكون خلعًا إلا بمال، إلا أن ينوي الزوج الطلاق بغير مال.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٨٦).
(٣) المغني لابن قدامة (٧/ ٣٣٤).
(٤) انظر: حلية العلماء للشاشي (٦/ ٥٥٢).

....

وكذا لو قال لغيره: اخلع امرأتي فليس له أن يخلعها إلا بمال، وذكر ابن سماعة عن محمد أنه يكون طلاقًا بائنًا بغير مال، وبه أخذ أكثر المشايخ(١).

وفي الذخيرة: لو أمر امرأته بالخلع؛ فهو على أربعة أوجه:

إما أن يقول: اخلعي نفسك بألف أو على ألف، ففعلت، ولم يقل الزوج بعده: خلعتكِ؛ ففيه روايتان عن أصحابنا، والمختار أنه يتم بناءً على أن الواحد يتولى [طرفي](٢) الخلع إذا كان البدل مقدارا [معلوما] وهو المختار.

والثاني أن يقول: اخلعي نفسك بمال أو بما شئت، فقالت: خلعت على كذا؛ ففي ظاهر الرواية لا يتم بقولها. وفي رواية ابن سماعة: يتم، وبه أخذ بعض مشايخنا(٣) على أن الواحد يتولى طرفيه بدون ذكر البدل. وفي ظاهر الرواية لا يتولى.

أما لو قال: اخلعي نفسك بغير بدل، فقالت: خلعت؛ يتم الخلع؛ لأنه طلاق بائن.

وأما لو قال: اخلعي نفسك ولم يزد، فقالت: خلعت ذكر شيخ الإسلام: يتمُّ. وعن الفضلي: اختلفت الروايات عن محمد بمنزلة قوله: اخلعي نفسك بمال، وعن أبي حنيفة(٤).

وعل ما ذكره الفضلي يشكل بما لو قال لغيره: اخلعها بغير عوض؛ لا يصح، ولم يجعله بمنزلة طلاقها بائنًا.

والفرق أن العوض إذا لم يذكر يتعذر حمله على التوكيل في حقها؛ لأنه يصير مستزيدًا مستنقصًا فلم يجعل مجازًا عن الطلاق.

ثم على رواية ابن سماعة، لو قال لها: اخلعي نفسك، فقالت: خلعت

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٥١٩).
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من المحيط.
(٣) في المحيط: وبه أخذ كثير من مشايخنا.
(٤) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٣٣٦) وفيه: وروي عن أبي حنيفة أنّ هذا بمنزلة قوله اخلعي نفسك بغير شيء.

لِأَنَّهُ غَيرُ مُتَقَوَّم حَالَةَ الخُرُوجِ، ....

بألف؛ لا يتم ما لم يقبل الزوج؛ لأنه فوض إليها التنجيز دون التعليق؛ لأنه تعليق بالقبول عن المال، وعلى هذا الوكيل إذا خالع لم يقع عند البعض وإن كان قبل الدخول؛ لأنه فوض إليه التنجيز دون التعليق.

وفي جوامع الفقه: لو قال: بعتك نفسك بكذا، فقالت: قبلت؛ كان خلعًا، ولو لم يذكر البدل في رواية هشام وابن سماعة عن محمد. وعن الكرخي وأبي القاسم أنه ليس بخلع، وفي موضع آخر: أنه يقع به طلاق بائن ولا يبرأ الزوج عن المهر. وعن ابن سلام يبرأ، وهذا اختيار الشهيد حسام الدين في الفتاوى.

وفي الفتاوى: إن نوى الطلاق يقع ولا يبرأ من المهر، ولو قال: اخلعي نفسك بكذا، فقالت: فعلتُ، لم يذكر البدل كان سؤالًا وطلبًا للخلع حتى لو قال: خلعتكِ بكذا يتوقف على قبولها [٤٦٧/أ] هذا في الأصل، وعن محمد يقع شيء، وكذا لو قالت: اخلعني بمال.

وفي الفتاوى: قال اشتري نفسك مني، فقالت: اختلعْتُ فهو جواب. وقيل: ابتداء، ولو قال في جوابها: طلقتكِ بالسنة فهو ابتداء بلا خلاف، ولو قال: خلعتكِ بكذا، فقالت: نعم؛ فليس بشيء كأنها قالت: نعم خلعتني، ولو قالت: رضيتُ أو أجزتُ صح(١).

وكذا لو قالت: طلقني بكذا فقال: نعم؛ فليس بشيء؛ لأنه وعد يخالف قولها: أنا طالق؟ فقال: نعم؛ يقع كأنه قال: نعم أنتِ طالق.

ولا تصح الزيادة في بدل الخلع كبدل الدم.

ولو كانت وهبَتْ له مهرها، ثم خلعها على مهرها؛ إن ظن أن لها عليه مهرًا يجب عليها أن ترد مثل مهرها لا مهر مثلها، وإن كان لا يعلم فلا شيء له.

ولو قال: عليَّ مهرك في ذمتي وليس في ذمته شيء؛ ردت عليه ما قبضته من المهر.

قوله: (**لأنه**) أي: ملك البضع (**غير متقوَّم حالة الخروج**)؛ لما ذكرنا فلا

(١) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٥٢٠).

فَتَعَيَّنَ إِيجَابُ مَا قَامَ بِهِ عَلَى الزَّوجِ دَفعًا لِلضَّرَرِ عَنهُ (وَلَو قَالَت: خَالِعنِي عَلَى مَا فِي يَدِي مِن دَرَاهِمَ أَو مِن الدَّرَاهِمِ، فَفَعَلَ فَلَم يَكُن فِي يَدِهَا شَيءٌ فَعَلَيهَا ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ) لِأَنَّهَا سَمَّت الجَمعَ وَأَقَلُّهُ ثَلَاثَةٌ، ....

يجب عليها قيمته وهو مهر المثل، ولأن إيجاب مهر المثل على المرأة لم يعهد في الشرع فلا يصار إليه، ولأن معرفة مهر المثل عَسِرٌ جدًّا وإيجاب ما يقوم البضع عليه متيسرٌ؛ فكان أولى بخلاف الإقرار بالمال؛ لأنه ليس له موجب أصلي يصار إليه بخلاف الخلع.

قيل: إيجاب رد المهر الذي كان بدلًا للمتقوم لغير المتقوم بعيد، لا سيما إذا كان بغير شرط، فينبغي أن يجب عليه ما يصدق عليه اسم المال وأقله درهم؛ لما عرف في الإقرار فكان مذهب أحمد أوجه من المذاهب الباقية.

أجيب: أن إيجاب رد المهر لا باعتبار أنه بدلًا لغير المتقوَّم؛ بل باعتبار أن المال المجهول هو بالقرينة **(دفعًا للضرر عنه)**.

قوله: (خالعني على ما في يدي من دراهم) إلى آخره، وكذا لو قالت: على ما في يدي من الدنانير أو الفلوس أو الحيوان أو الثياب أو غيرها، وكذا جميع الأشياء؛ لأنها تثبت في الذمة دينًا في الخلع فلو كان في يدها درهمًا تؤمر بإتمام ثلاثة له؛ لأنها ذكرت لفظ الجمع.

وفي المثنى معنى الجمع وليس بجمع مطلق.

ولو كان ثلاثة دراهم أو أكثر فهي له، وبقولنا قال مالك وأحمد. وقال الشافعي: يجب عليها مهر المثل كما في النكاح.

(وأقله)؛ أي: أقل الجمع ثلاثة.

في المبسوط: وأدنى الجمع المتفق عليه ثلاثة وليس لأقصاه[1] نهاية فأوجبنا الأدنى، وفي النكاح في هذا الفصل لها مهر المثل؛ لأن هناك الزوج يملك عليها ما هو متقوَّمٌ فلها ألا ترضى بالأدنى، وفي معاوضة المتقوم بالتقوم

---

(١) في الأصل: (لا قضاء به)، وفي الثانية (لا قضاء بها)، وفي الثالثة (لنقصانها)، وما أثبتناه من المبسوط.

....

يجب النظر من الجانبين، وفي تعيين الأدنى ترك النظر لها؛ فلهذا أوجبنا مهر المثل، وهاهنا الزوج لا يُمَلِّكها شيئاً متقومًا؛ فتعين الأدنى لأنه متيقنًا به، ولو كان درهمان يجب إتمامها لما ذكرنا.

فإن قيل: قد ذَكَرَتْ في كلامها حرف "مِنْ" وهو للتبعيض والمثنى بعض الجمع؛ فينبغي ألا يلزمها الإتمام كما قال في الجامع: [لو][1] قال: إن كان ما في يدي من الدراهم إلا ثلاثة فعبده حرٌّ، وفي يده أربعة دراهم؛ كان حانثًا.

قلنا: نعم حرف "مِنْ" يكون للتبعيض، وقد يكون صلة كما في قوله تعالى: ﴿فَٱجْتَنِبُوا۟ ٱلرِّجْسَ مِنَ ٱلْأَوْثَـٰنِ﴾ [الحج ٣٠] ففي كل موضع يصح الكلام بدونه كان "مِنْ" فيه صلة زيدت لتصحيح الكلام، فإنها لو قالت: اخلعني على ما في [يدي من][2] دراهم؛ كان الكلام مختلًّا فكان صلة، ويبقى لفظ الجمع؛ فيلزمها ثلاثة دراهم[3].

فإن قيل: ينبغي أن يلزمها درهم واحد؛ لأن الجمع المُعرَّف باللام بمنزلة المفرد المعرَّف باللام؛ لأنه يصير للجنس.

قلنا: نعم إذا كان الجمع مجرّدًا عن الإضافة والإشارة كما لو حلف لا يتزوج ولا يشتري العبيد، وهاهنا غير مجرد عن الإضافة والإشارة؛ لاختصاصه بما تحويه يده والدراهم جمع حقيقة فيجب اعتبار معنى الجمعية. إليه أشير في المبسوط والفوائد الظهيرية[4].

وعن العلّامة مولانا حُميد الدين رحمه الله: أن الحمل على الجنس إذا دخلت اللام على الجمع إنما يكون عند احتمال كل الجنس كما في "لا أتزوج النساء" حتى لو نوى جميع النساء؛ لا يجب، وهاهنا لا يحتمل أن يكون كل دراهم العالم في يدها في هذه الحالة، فلما بطلت الجنسية بهذا الطريق لم يصرف إلى الواحد؛ لبطلان الجنسية أو يحمل على الجنس إذا لم يكن هاهنا

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثالثة.
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٨٧).
(٤) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٧٠).

وَكَلِمَةُ «مِن» هَاهُنَا لِلصِّلَةِ دُونَ التَّبعِيضِ، لِأَنَّ الكَلَامَ يَختَلُّ بِدُونِهِ.

(فَإِن اختَلَعَت عَلَى عَبد لَهَا آبِق، عَلَى أَنَّهَا بَرِيئَةٌ مِن ضَمَانِهِ، لَم تَبرَأ، وَعَلَيهَا تَسلِيمُ عَينِهِ إِن قَدَرَت، وَتَسلِيمُ قِيمَتِهِ إِن عَجَزَت) لِأَنَّهُ عَقدُ المُعَاوَضَةِ فَيَقتَضِي سَلَامَةَ العِوَضِ، ....

معهودٌ، وأمكن الحمل هنا على المعهود وهو قولنا: على ما في يدي وقد بين في الأصول. وكذا ذكره في الكافي[1].

وفي المبسوط: يمكن حمل اللام على تحسين النظم [٤٦٧/ب] كما في قوله تعالى: ﴿كَمَثَلِ ٱلۡحِمَارِ يَحۡمِلُ أَسۡفَارَۢاۚ﴾ [الجمعة:٥] وفيه نوع شبهة؛ إذِ الأصل عدم الزيادة.

أجيب هي زائدة هاهنا؛ لأن "ما" موصولة، و"في يدي" صلتها، و"من الدراهم" معمول الصلة، وحكمه حكم الصلة، والموصول معرفة بصلتها وضع لوصف المعارف بالحمل؛ ولهذا يشترط أن تكون الصلة معروفة عند المخاطب فيستوي فيه التعريف وعدمه؛ كما لو قال: لا أكلمه حينًا أو الحين.

وقوله: (وكلمة "من" هاهنا للصلة) إلى آخره جواب عن مسألة الجامع كما ذكرنا.

قوله: (على أنها بريئة)؛ أي: **(من ضمانه)** أو إباقه؛ يعني: لا تطالب بتحصيله إن وجدته سلمته، وإلا فلا شيء عليها.

وعند مالك: لا ضمان عليها، وعند الشافعي: يجب في الآبق مهر المثل إن صح الخلع، وفي الأصح عنده: لا يصح الخلع.

(لأنه) أي: الخلع **(عقد المعاوضة)** أي: من جانبها **(فيقتضي سلامة العوض)** وقد سُلِّمت نفسُها لها فتسلَّمُ له العوض.

وفي الجامع: اشتراط الأمانة في موضع الضمان باطل؛ كاشتراط الضمان في موضع الأمانة، فإذا كان شرطًا فاسدًا؛ كان لغوًا، والخلع والتبرعات لا تبطل بالشروط الفاسدة.

---

(١) انظر: المرجع السابق.

وَاشْتِرَاطُ الْبَرَاءَةِ عَنهُ شَرطٌ فَاسِدٌ فَيَبْطُلُ، إِلَّا أَنَّ الخُلعَ لَا يَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ،

(واشتراط البراءة عنه)؛ أي: عن العوض؛ وهو: العبد **(شرط فاسد فيبطل)**؛ أي: الشرط **(والخلع لا يبطل)**؛ أي: بالشرط الفاسد، ولكن ينبغي أن تفسد التسمية، ويرجع الزوج عليها بالمهر كما في سائر المواضع التي فسدت [فيها] التسمية، وكما إذا اختلعها على دابة أو على أن تزوجه امرأة وتمهرها عنه؛ فالخلع جائز وعليها ردُّ المقبوض.

قلنا: مبنى الخلع على التوسع فلا يمتنع صحته، كما لو اختلعها على عبد الغير؛ فإن الخلع جائز مع العجز عن التسليم، وفي مسألة الدابة والإمهار: إنما فسدت التسمية ورجع إلى المهر؛ لجهالة المستحقَّة لأن اسم الدابة يتناول الأجناس المختلفة من الحيوان، وكذا الإمهار مجهول قدرًا ووصفًا، أما ما نحن فيه: إنما لم يصح اشتراط البراءة؛ لأن التسمية إذا صحت أوجبت تسليم المسمى واشتراط البراءة عن ضمان المسمى الواجب تسليمه كان باطلًا ومناقضة. كذا قيل.

فإن قيل: الخُلع لو وجب لتسليم المسمى فكذا يوجب تسليمه بِوَصْفِ كونه تسليمًا واشتراط البراءة عن وصف السلامة صحيح فكذا اشتراط البراءة عن تسليم المسمى.

قلنا: الفرق بينهما ظاهر؛ لأن وجوب استحقاق التسليم فوق وجوب استحقاق التسليم بوصف السلامة؛ ألا ترى أن بيع ما لا يقدر [على] تسليمه لا يجوز، والبيع بشرط البراءة عن العيوب يجوز؛ لأن الإنسان إنما يرغب في تملك الشيء بوجه الانتفاع به وذلك بالتسليم، وباشتراط البراءة عن التسليم يفوت ذلك التسليم وهو المقصود، ولا كذلك اشتراط البراءة عن العيوب فإن الأصل هناك باق. إليه أشير في الفوائد الظهيرية.

وقال أبو اليسر: الخلع على عبد آبق يجوز والبيع لا يجوز؛ لأنه عليه السلام نهى عن بيع الآبق، والنهي يوجب الفساد، وما نهى الخلع عليه[1] فلا

(١) أي: وما نهى عن الخلع على العبد الآبق.

وَعَلَى هَذَا النِّكَاحِ (وَإِذَا قَالَت: طَلِّقْنِي ثَلَاثًا بِأَلف فَطَلَّقَهَا وَاحِدَة، فَعَلَيهَا ثُلُثُ الأَلفِ) لِأَنَّهَا لَمَّا طَلَبَت الثَّلَاثَ بِأَلف فَقَد طَلَبَت كُلَّ وَاحِدَة بِثُلُثِ الأَلفِ، وَهَذَا لِأَنَّ حَرفَ «البَاءِ» يَصحَبُ الإِعوَاضَ، وَالعِوَضُ يَنقَسِمُ عَلَى المُعَوَّضِ، وَالطَّلَاقُ

يكون فاسدًا، فإذا صح الخلع؛ يجب تسليمه إذا وجد، ولو عجز عن تسليمه يجب تسليم قيمته كما في عبد الغير.

(وعلى هذا النكاح) يعني تزوجها على عبد آبق له باشتراط البراءة عن ضمانه؛ جاز النكاح ولم تبرأ عن ضمانه؛ فيجب تسليم عينه إذا قدروا لا تسليم قيمته.

قوله: (فطلقها واحدة)؛ أي: في المجلس، حتى لو قام وطلقها لا يجب شيء.

(فعليها ثلث الألف)، وبه قال الشافعي(١).

لأن **(العوض ينقسم على المعوض)** والباء يصحب الأعواض عند الكل، وعند مالك: يقع بالألف(٢)، وعند أحمد: يقع بغير شيء(٣).

قوله: (يَصْحَبُ الإِعْوَاضَ) إلى آخره. فإن قلت: هذا يشكل بالبيع فلو قال: بعت منك هؤلاء العبيد الثلاثة بألف كل واحد بثلث الألف، فقبل البيع في واحد بعينه؛ لم يجز، ولم يجب ثلث الألف، وكذا بما لو قال لها: أنتِ طالق ثلاثًا بألف فقبلت الواحدة؛ تقع ولم يجب شيء.

قلنا: الطلاق لا يبطل بالشرط الفاسد؛ لقبوله التعليق والإخطار ولا كذلك البيع، وبعد ذلك التقريب ظاهر.

وأما مسألة طلاق الزوج فإنه راض بالبينونة بالألف لا بثلث الألف بخلاف مسألتنا. كذا في الفوائد الظهيرية(٤).

---

(١) انظر: حلية العلماء للشاشي (٦/ ٥٦٤)، البيان للعمراني (١٠/ ٤٨).
(٢) انظر: عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٥٠٢)، منح الجليل للشيخ عليش (٤/ ٢٩).
(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٣٤٤)، الإنصاف للمرداوي (٨/ ٤١٥).
(٤) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٥٢١).

بَائِنٌ لِوُجُوبِ المَالِ (وَإِن قَالَت: طَلِّقنِي ثَلَاثًا عَلَى أَلف فَطَلَّقَهَا وَاحِدَة، فَلَا شَيءَ عَلَيهَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَيَملِكُ الرَّجعَةَ. وَقَالَا: هِيَ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ بِثُلُثِ الأَلفِ)(*) لِأَنَّ كَلِمَةَ «عَلَى» بِمَنزِلَةِ البَاءِ فِي المُعَاوَضَاتِ، حَتَّى إِنَّ قَولَهُم: احمِل هَذَا الطَّعَامَ بِدِرهَم أَو عَلَى دِرهَم سَوَاءٌ. وَلَهُ: أَنَّ كَلِمَةَ «عَلَى» لِلشَّرطِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿يُبَايِعْنَكَ عَلَىٰٓ أَن لَّا يُشْرِكْنَ بِٱللَّهِ شَيْـًٔا﴾ [الممتحنة: ١٢] ....

قوله: (فلا شيء عليها عند أبي حنيفة) وبه قال: أحمد كقوله في الباء [وبه قال الشافعي][١]، وقول مالك كما تقدم في الباء.

(وقالا)؛ أي: أبو يوسف ومحمد **(هي)**[٢] بمنزلة أي **(كلمة** [٤٦٨/ أ] **"على" بمنزلة الباء)** [يعني: تستعمل **(في المعاوضات)**][٣] والخلع معاوضة فيكون بمنزلة الباء؛ لدخوله على المال دون الطلاق، والمال لا يقبل التعليق.

(وله)؛ أي: لأبي حنيفة. في المبسوط: كلمة "على" للشرط حقيقة؛ لأنه حرف الالتزام، ولا مقابلة بين الواقع وبين ما التزم؛ بل بينهما معاقبة كما بين الشرط[٤] والجزاء، فكان للشرط حقيقة، والحقيقة أحق بالاعتبار، فلا حاجة إلى العدول إلى المجاز.

والشرط يقابل المشروط [جُمْلَةً][٥]، ولا يقابله جُزْءًا، وقد شرطت لوجوب المال عليها إيقاع الثلاث ولم يُوجَد، وبه فارق البيع والإجارة؛ لأن معنى الشرط هناك تعذَّرَ اعتبارُه؛ لأنه لا يحتمل التعليق بالشرط؛ فلذا جُعل "على" فيهما بمعنى "الباء"، والمال في الخلع تابع فيعتبر الأصل وهو الطلاق[٦].

فإن قيل: يشكل هذا بما لو قالت له: طلقني وفلانة على ألفٍ فطلقها

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.
(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) تمام العبارة من مطبوع الهداية: (وقالا: هي واحدة بثلث الألف؛ لأن كلمة "على" بمنزلة الباء).
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) في الأصل: (الشراء) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٥) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٦) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٧٤).

وَمَن قَالَ لِامرَأَتِهِ: أَنتِ طَالِقٌ عَلَى أَن تَدخُلِي الدَّارَ كَانَ شَرطًا، وَهَذَا لِأَنَّهُ لِلُزُومِ حَقِيقَة، وَاستُعِيرَ لِلشَّرطِ، لِأَنَّهُ يُلَازِمُ الجَزَاءَ، وَإِذ كَانَ لِلشَّرطِ فَالمَشرُوطُ لَا يَتَوَزَّعُ عَلَى أَجزَاءِ الشَّرطِ، بِخِلَافِ البَاءِ، لِأَنَّهُ لِلعِوَضِ ....

وحدها؛ كان عليها حصتها من المال بمنزلة ما لو التمست بحرف الباء.

قلنا: حملت هُناك على الباء؛ لأنه لا غرض لها في طلاق فلانة ليجعل ذلك كالشرط، ولها في اشتراط إيقاع الثلاث غرض صحيح كذا في المبسوط. وفيه نوع تأمل(١).

وفي الذخيرة: لو طلق أحدهما فلا رواية في هذه الصورة، ولقائل أن يقول: لا يلزمهما شيء ما لم يطلقهما جملة(٢). ووجه الفرق ما ذكره في المبسوط.

(**وإذا كان للشرط فلا يتوزع أجزاء المشروط على أجزاء الشرط**)(٣)؛ لأن المعلق بالشرط لا يثبت إلا عند وجود كمال الشرط؛ كما لو صرَّحَتْ بالشرط بأن قالت: إن طلقتني ثلاثًا على ألف، وهذا لأن الشرط عبارة عن العلامة، وجعل الكل علامة ليزول الجزاء، فما لم يوجد الكل؛ لم يقع شيء (**بخلاف الباء؛ لأنه للعوض**) وأجزاؤه تتوزع على أجزاء المعوض؛ لما أن المعاوضة تقتضي المساواة، فإذا حصل لأحدهما شيء من العوض ينبغي أن يحصل للآخر شيءٌ من المعوض، ولا تنتفي المساواة.

قال الغزالي في البسيط: "قال أبو حنيفة: لا يوزع، وهو للشرط" وذلك خيالٌ؛ لأنها تستعمل للعوض أيضًا. انتهى كلامه.

وهذا منه سوء الأدب؛ لقصور فهمه، وقد قال: إمامه كل الناس عيال لأبي حنيفة في الفقة نقله أصحابه منه؛ فإن أبا حنيفة رضي الله عنه ما قال إن كلمة "على" لا تستعمل للمعاوضة؛ بل رآها دائرة بين الشرط والعوض، واستعماله بمعنى

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٧٥).
(٢) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٣٢٧).
(٣) اختلف الترتيب بطبوع الهداية: وإذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط.

....

الشرط كثيرٌ في كلام العرب والقرآن فصار في الشرط كالحقيقة فلا يعدل عنه بلا دليل كما ذكرنا.

أو نقول: إن كانت للشرط فلا تتوزع، وإن كانت للمعاوضة؛ يجب ثلث الألف، فوقع الشك في الوجوب؛ فلا يجب.

وفي الذخيرة: لو قالت: طلقني ثلاثًا على ألف ولم يبقَ من طلاقها إلا واحدة فطلقها واحدة؛ تلزمها الألف؛ لأنها التزمت بإزاء الحرمة الغليظة(١)، وهو المنصوص للشافعي(٢)، واختار المزني: التوزيع وأوقعها بثلث الألف. وفي المغني عند الحنابلة كقول المزني(٣).

وفي المرغيناني: لو قال: أنتِ طالق أربعًا بألف، فقبلت؛ طلقت ثلاثًا بألف، ولو قبلت الثلاث بألف؛ لم يقع(٤).

وفي البسيط: قالت: طلقني عشرًا بألف، إن طلقها ثلاثًا؛ يستحق الألف، ولو طلقها واحدة ولم تحصل البينونة الكبرى؛ استحق عُشْرَ الألف توزيعًا على المسئول وباثنتين خمس البدل. وفي وجه له: يجب ثلث الألف. ولو طلقها ثلاثًا [فالمشهور](٥) من مذهبه التوزيع(٦).

وفي الجواهر: في هذه المسألة لو طلقها واحدة استحق الألف(٧).

قوله: **(وهذا لأنه)**(٨)؛ أي: حرف "على" **(للزوم حقيقة)**(٩).

(لأنه)(١٠) أي: الشرط **(يلازم الجزاء)**(١١) ولا مقابلة بين الواقع وبين ما التزم؛ بل بينهما معاقبة كما في الشرط والجزاء.

---

(١) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٢٢٦).
(٢) انظر: البيان للعمراني (١٠/ ٥٠).
(٣) المغني لابن قدامة (٧/ ٣٤٥) وهذا: إذا لم تعلم أنه لم يبق من قولها إلا واحدة. وهو قول ابن سريج.
(٤) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٢٢٦).
(٥) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٦) انظر: حلية العلماء للشاشي (٦/ ٥٦٧).
(٧) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٥٠٢).
(٨) (٩) (١٠) (١١) انظر المتن ص ٣٨٤.

عَلَى مَا مَرَّ، وَإِذَا لَم يَجب المَالُ كَانَ مُبتَدَأً فَوَقَعَ الطَّلَاقُ وَيَملِكُ الرَّجعَةَ (وَلَو قَالَ الزَّوجُ: طَلِّقِي نَفسَك ثَلَاثًا بِأَلف أَو عَلَى أَلف، فَطَلَّقَت نَفسَهَا وَاحِدَة لَم يَقَع شَيءٌ) لِأَنَّ الزَّوجَ مَا رَضِيَ بِالبَينُونَةِ إِلَّا لِتُسَلَّمَ لَهُ الأَلفَ كُلَّهَا، بِخِلَافِ قَولِهَا: طَلِّقنِي ثَلَاثًا بِأَلف، ....

قوله: (إِلَّا لِتُسَلِّمَ لَهُ الْأَلْفَ كلها) فلو وقعت واحدة بثلث الألف لكان ضررًا له، وبه قال الشافعي وأحمد.

(بخلاف قولها: طلقني ثلاثًا بألف) وهي التي ذكرها في الكتاب قبيل هذه المسألة.

في المبسوط: لو قال: هذه طالق وهذه على ألف، فقبلت إحداهما؛ وقع الطلاق عليها بنصف الألف؛ لأن الزوج هناك راض بوقوع الفرقة بينه وبين إحداهما إذا وجبت عليها حصتها من الألف؛ فإن نكاح أحدهما لا يتصلُ بنكاح الأخرى(١).

وفي الذخيرة: لو قالت: طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثًا ولم يقل بألفٍ؛ وقع الثلاث بغير شيء عند أبي حنيفة، وعندهما: يصلحُ جوابًا للمطلوب؛ فتقع الثلاث إحداهما بألف. وحكى [أبو](٢) الحسن عن أبي يوسف أنه رجع إلى قول [٤٦٨/ب] أبي حنيفة. وروى ابن سماعة عن محمد أنه [رجع](٣) إلى قول أبي حنيفة في هذه المسألة. ذكر في الجامع(٤).

وفي المغني: قالت: طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثًا استحقه، وكذا لو قال: طلقي نفسك ثلاثًا بألف فطلقت واحدة؛ وقعت واستحق العوض بها(٥).

ولو قال: أنت طالق ثلاثًا بألف، فقالت: قبلت بألف؛ وقع الثلاث بألف، ولو قالت: قبلت بخمسمائة لم يقع شيء.

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ١٧٣).
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثالثة.
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٣٢٩).
(٥) المغني لابن قدامة (٧/ ٣٤٦).

لِأَنَّهَا لَمَّا رَضِيَت بِالبَينُونَةِ بِأَلف كَانَت بِبَعضِهَا أَرضَى.

(وَلَو قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ عَلَى أَلف فَقَبِلَت، طَلُقَت وَعَلَيهَا الأَلفُ، وَهُوَ كَقَولِهِ: أَنتِ طَالِقٌ بِأَلف) وَلَا بُدَّ مِن القَبُولِ فِي الوَجهَين، ....

وفي البسيط: قالت: طلقني ثلاثًا بألف، فطلقها واحدة بألف وثنتين بغير شيء، قالوا: تقع واحدة بثلث الألف؛ لأنها لم ترضَ بهذا القدر[1]؛ فصار كما لو قالت طلقني ثلاثًا بألف فطلقها واحدة بثلث الألف [صح، والزيادة على الثلث لا تلزمها، والطلقتان الأخريتان لا تقع؛ لأنها مختلفة. قال: وفيه إشكال؛ لأنه لما قال: أنت طالق واحدة بألف؛لم يكن كلامه جوابا لكلامها.

وليس كما لوقالت: طلقني ثلاثا بألف، فطلقها واحدة بثلث الألف][2]؛ فإنه منطبق عليه كلامها في البعض، وهنا الزوج لم يرض في طلقة إلا بألف فكيف تقع ثلاث؟ فجعله قدحًا ولم يذكر له جوابًا.

ولو قالت: طلقني واحدة بثلث الألف، فقال: طلقتك واحدة بتمام الألف؛ لم ينفذ. قال: فعلى هذا يجب أن تقع طلقتان رجعيتان هذا هو القياس الحق، وما ذكره الأصحاب ليس له وجه معقول.

وعلل لأبي حنيفة: أنها لم تلتمس البينونة الكبرى، فأجابها إلى غير جنس ملتمسها؛ فلم يكن جوابًا. قال: لكنه ناقض بما لو قالت: طلقني ثلاثًا بألف، فطلقها واحدة؛ استحق ثلث الألف مع تحقق المخالفة.

قيل: فهمه بعيدٌ قاصرٌ؛ إذْ ذكر غير مرة أن أجزاء العوض تتوزع، وسؤال الثلاث بألف سؤال لكل طلقة بثُلث الألف، وسؤال الواحدة ليس سؤالًا للثلث وكان مبتدأً فلا مناقضة ولا مخالفة في ذلك، ولأن الزوجة عساها لا تختار الثلاث؛ لأنه لا يحل لها بذلك إلا بعد زوج آخر.

وقوله: "مع تحقق المخالفة" باطل؛ لأن المخالفة لو تحققت ينفذ، ونفاذه اتفاق منا ومنهم.

قوله: (لو قال: أنت طالق) إلى قوله: (ولا بدَّ من القبول). ذكر

---

(١) في الأصل: (لأنها لم ترضَ إلا بهذا القدر) وما أثبتناه من النسخة الثانية والثالثة.

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية والثالثة.

لِأَنَّ مَعنَى قَولِهِ: «بِأَلف» بِعِوَضِ أَلفٍ يَجِبُ لِي عَلَيكِ، وَمَعنَى قَولِهِ: «عَلَى أَلف» عَلَى شَرطِ أَلف يَكُونُ لِي عَلَيكِ، وَالعِوَضُ لَا يَجِبُ بِدُونِ قَبُولِهِ، وَالمُعَلَّقُ بِالشَّرطِ لَا يَنزِلُ قَبلَ وُجُودِهِ. وَالطَّلَاقُ بَائِنٌ لِمَا قُلنَا.

التمرتاشي: لو قال: أنت طالق بألف، أو على ألف، أو خلعتُكِ على ألف، أو بارأتك، أو طلقتكِ بألف؛ تقع على القبول في المجلس، وهذا يمين من جهته، فيصح تعليقه وإضافته، ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس، ويتوقف على البلوغ إليها إذا كانت غائبة؛ لأنه تعليق الطلاق بقبولها المال، وهو من جهتها مبادلة؛ فلا يصح تعليقها وإضافتها، ويصح رجوعها قبل قبول الزوج، ويبطل بقيامها عن المجلس.

وفي المبسوط: إن قبلت في المجلس وقع الطلاق والمال دين عليها؛ لأن كلام الزوج إيجاب للطلاق بِجُعْلٍ، وليس بتعليقٍ بشرط الإعطاء؛ بمنزلة مَن يقول لغيره: بعت منك هذا العبد على ألف، أو على أن تعطيني ألفًا؛ يكون إيجابًا لا تعليقًا.

فإذا وجدنا القبول في المجلس وقع الطلاق ووجب المال عليها، بخلاف قوله: إن جئتِني أو إذا أعطيتني؛ حيث صرَّح بالتعليق بالشرط، فما لم يوجد الشرط؛ لا يقع، ودليل الفرق: أن هناك لو كان لها على الزوج ألفٌ، فاتفقا على جعل الألف قصاصًا بما عليه؛ لا يقع الطلاق، وهاهنا يصير قصاصًا بالذي لها عليه، وقد يجوز أن يثبت الحكم مع التصريح بالإعطاء؛ قال تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ عَن يَدٖ﴾ [التوبة ٢٩] الآية، فإذا ثبت أن الحكم هنا يتعلق بقبول المال؛ بشرط القبول منها في المجلس، حتى لو لم تقبل وقامت؛ فهو باطل(١).

وفي الذخيرة: قال: أنتِ طالق على أن تعطيني ألفًا، فقبلَتْ؛ طلُقَتْ؛ لأنه ليس بتعليق على الإعطاء بل معلق بقبولها(٢)؛ كقوله: ﴿حَتَّىٰ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ﴾ [التوبة ٢٩]، والمراد به قبولها.

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ١٨٥).
(٢) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٣٢٥).

(وَلَو قَالَ لِامرَأَتِهِ: أَنتِ طَالِقٌ وَعَلَيكِ أَلفٌ، فَقَبِلَت، أَو قَالَ لِعَبدِهِ: أَنتَ حُرٌّ وَعَلَيكَ أَلفٌ، فَقَبِلَ، عَتَقَ العَبدُ وَطَلُقَت المَرأَةُ، وَلَا شَيءَ عَلَيهِمَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَكَذَا إِذَا لَم يَقبَلَا (وَقَالَا: عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا الأَلفُ إِذَا قَبِلَ)(*) وَإِذَا لَم يَقبَل لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ وَالعَتَاقُ. لَهُمَا: أَنَّ هَذَا الكَلَامَ يُستَعمَلُ لِلمُعَاوَضَةِ، فَإِنَّ قَولَهُم: احمِل

في المرغيناني: لو قال لأجنبيةٍ: أنتِ طالق على ألفٍ إن تزوجتكِ، فقبلت ثم تزوجها؛ تطلق عند أبي يوسف بالألف. وعند أبي حنيفة: لا تطلق ولا يلزمها المال إلا بقبولها بعد التزوج. وفي جوامع الفقه: القبول بعد التزويج، ولم يحك خلافًا[(١)].

في المحيط: إنْ قبلت قبله لا يقع؛ لأنه خلعٌ بعد التزوج فيشترط القبول بعده.

قوله: (أنت طالق وعليك ألف) إلى قوله: (ولا شيء عليهما عند أبي حنيفة)، وعلى هذا الخلاف لو قالت لزوجها: طلقني ولك ألف، أو قال العبد: أعتقني ولكَ ألف، وبقولهما[(٢)] قال الشافعي وأحمد[(٣)].

(لهما أن هذا الكلام) أي: وعليك ألف، وقولها: ولكَ ألف؛ أي: بسبب الطلاق والعتق. والمفهوم من محاورات الناس، وحذفوه اختصارًا كقوله لآخر: احمل هذا الطعام إلى كذا ولكَ درهم أو خِطْ هذا الثوب ولكَ درهم؛ أي: بسبب الحمل والخياطة.

قيل: هذا في المعاوضة.

قلنا: الخلع معاوضة أيضًا؛ يوضحه أن الواو قد تكون للحال، ولا وجه

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٢٢٨).

(٢) وقالا: على كل واحد منهما الألف إذا قبلا وإذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق.

(٣) قول الشافعي وأحمد وافق الإمام (إذا ابتدأ الزوج به؛ لأن المال غير مذكور عوضاً في مقابلتها ولا شرطاً، بل هو جملةٌ معطوفةٌ على الطّلاق، فلا يتأثر بها الطلاق ويقع رجعيا قبلت أو لم تقبل، وتلغو الألف حيث تحمل منه على الخبر)، ووافق قولهما (إذا ابتدأت وقالت لزوجها: طلقني ولك ألف؛ فإنه يستحق الألف إذا قبل؛ لأن الألف منها تحمل على الالتزام) انظر: العزيز شرح الوجيز للرافعي (٨/ ٤٣٣)، المغني لابن قدامة (٧/ ٣٤٨).

هَذَا المَتَاعَ وَلَك دِرهَمٌ، بِمَنزِلَةِ قَولِهِم: بِدِرهَم. وَلَهُ: أَنَّهُ جُملَةٌ تَامَّةٌ فَلَا تَرتَبِطُ بِمَا قَبلَهَا إِلَّا بِدَلَالَة، إِذ الأَصلُ فِيهَا الِاستِقلَالُ وَلَا دَلَالَةَ، لِأَنَّ الطَّلَاقَ وَالعَتَاقَ يَنفَكَّانِ عَن المَالِ، بِخِلَافِ البَيعِ وَالإِجَارَةِ، لِأَنَّهُمَا لَا يُوجَدَانِ دُونَهُ.

لتصحيح كلامه [٤٦٩/أ] إلا أن يحمل على ذلك؛ فيصير كأنه قال: أنتِ طالق في حال ما يجب لي عليك ألف، ولا يكون ذلك إلا بعد قبولها كما لو قال لها: أدِّ لي ألفا وأنتِ طالق، أو قال لعبده: أدِّ إليَّ ألفًا وأنتَ حرٌّ؛ فإن الطلاق والعتاق لا يقعان إلا بالمال.

(فيها)؛ أي: في الجملة **(الاستقلال ولا دلالة)** في الطلاق والعتاق لعدم افتقارهما إلى المال؛ بل عادة الكرام فيهما الامتناع عن قبول العوض.

(دونه) أي: دون المال، فكان دليل المجاز قائمًا فيحمل عليه؛ ألا ترى أنه لو قال للخياط: خِطْ هذا الثوب ولم يذكر العِوض؛ يكونُ استئجارًا بأجر المثل، وهاهنا إذا لم يذكر العوض؛ لا يجب، بخلاف قوله: أدِّ إليَّ ألفًا وأنتِ طالق أو أنتَ حرٌّ؛ لأن أول كلامه غير مفيد لشيء إلا بآخره؛ فإنه يصير تعليقًا للعتق أو الطلاق بالأداء، وهاهنا أول الكلام [إن صدر][١] من الزوج بأن قال: أنتِ طالق وعليكِ ألف؛ كان إيقاعًا مُفيدًا منه دون آخره؛ فلا حاجة إلى أن يحمله على الحال، ويعمل بحقيقته وهو عطف الجملة على الجملة؛ لأن عطف أحد العوضين على الآخر لا يصحُّ وكذا لا يعطف على الجزاء، فعرف أنه كلام مُبتدأ غير متعلق بما سبق، فيبقى إيقاع الطلاق والعتاق يتعرَّيان عن البدَل.

وقوله: وعليكِ ألف دعوى مالٍ ابتداء، وقولها: ولكِ ألف إيجاب صلة مبتدأة؛ فكان وعدًا منها، والمواعيد لا يتعلق بها اللزوم، ولأن أكثر[٢] ما في الباب أن يكون حرف "الواو" محتملًا لجميع ما ذكرنا؛ فلا يجبُ المال بالشك. كذا في المبسوط[٣].

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) وقعت في المبسوط: أدنى.
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٨١).

....

وفيه: فصار كقوله لها: أدِّ إليَّ ألفًا فأنتِ طالق، أو قال لعبده: أدِّ إليَّ ألفًا فأنتَ حرٌّ؛ فإنها تطلق في الحال مجانًا وكذا العبد يعتق مجانًا، بخلاف قوله: أدِّ إليَّ ألفًا وأنتِ طالق أو لعبده: أدِّ إليَّ ألفًا وأنتَ حرٌّ؛ لأن جواب الأمر بالواو بمعنى الحال كأنه قال: أنتَ حرٌّ في حال أدائك فلا يعتق قبله.

وأما الفاء فللتعليل كقولهم: أبشر فقد أتاك الغوث[1].

وفي السير الكبير: قال الإمام لأهل حصن: افتحوا الباب وأنتم آمنون؛ لا يأمنون ما لم يفتحوا، ولو قال فأنتم آمنون؛ أَمِنوا في الحال؛ فنجَوا أولا، والمعنى ما ذكرنا[2].

قال شيخ الإسلام: كلامُه خرج جوابًا للأمر في الحالتين إلا أن جواب الأمر يكون بهما لكن الفاء ظاهرة في التعليل والواو محكمة في الجواب لا تحتمل التعليل. وفي قول السرخسي نظرٌ؛ فإن قوله: أنتِ طالق وأنتِ مريضة فالواو واو الحال ظاهرًا، ومع ذلك يقع الطلاق في الحال ولا يتوقف على حال مرضها إلا بالنية، فالتعليل الصحيح: أن الواو لجواب الأمر والأمر كالشرط، هكذا قاله الخليل لمّا سأله سيبويه؛ فعلى هذا يخرج الجواب عن قولهم: احمل هذا ولكَ درهم فإن الواو فيه لجواب الأمر. هذا فرق آخر لأبي حنيفة.

وذكر محمد في "المأذون الكبير" مسألةً وفرَّق بين الواو والفاء كما ذكره في [السير الكبير، وهكذا ذكره السرخسي في المبسوط، ولم يذكر في المسألة خلافا.

فإن قيل: ما ذكره في][3] مسألة الواو قولهما: وينبغي على قول أبي حنيفة أن يعتق في الحال، وجعلوها فرعًا لقولها: طلقني ولكَ ألف. فلم يتعلق بالألف وإن خرج جوابًا للأمر.

---

(١) أي: لأنه أتاك الغوث؛ فكانت بمعنى: أد إلي ألفا لأنك طالق.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٤/ ٢٥).
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(وَلَو قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ عَلَى أَلف عَلَى أَنِّي بِالخِيَارِ، أَو عَلَى أَنَّك بِالخِيَارِ ثَلَاثَة أَيَّام، فَقَبِلَت، فَالخِيَارُ بَاطِلٌ إِذَا كَانَ لِلزَّوجِ، وَهُوَ جَائِزٌ إِذَا كَانَ لِلمَرأَةِ، فَإِن رَدَّت الخِيَارَ فِي الثَّلَاثِ بَطَلَ، وَإِن لَم تَرُدَّ طَلُقَت، وَلَزِمَهَا الأَلفُ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ ..

وقيل: ما ذكر في المأذون قولهم، وفرق هذا القائل بين مسألة الطلاق والعتق؛ فقال: المعلق بالأداء في العتق الحرية، وفي مسألة الطلاق المعلق بالتطليق هو استحقاق المال؛ وذلك لا يجوز.

فإن قيل: لو قالت: إنْ طلقتَني فلكَ ألفٌ؛ صحَّ التعليق حتى لا يلزمها شيء بدون التطليق، والمعلق به هو المال وقد صح تعليقُه تبعًا للطلاق؛ فينبغي أن يصح جوابًا للأمر تبعًا للطلاق.

قلنا: الطلاق تبعٌ من وجهٍ، أصلٌ من وجهٍ من حيث أنه عِوَض؛ ولهذا جوَّز أبو حنيفة الخيار من جانبها، ولو كان تبعًا من كل وجه؛ لم يجز اشتراط الخيار كالطلاق، ولا يجب بدل الطلاق مع الإكراه بالإجماع، وهو دليلٌ على كونه أصلًا؛ فإذ ثبت هذا نقول: لو قال: إن دخلتِ الدار فلكِ ألفٌ، أو ادخلي الدار ولكِ ألف؛ فإنه لا يتعلق استحقاق المال بالدخول فيهما وفي البيع يتعلق فيهما.

وإذا كان أصلًا من وجه وفَّرنا على الشبهين حظهما: فمن حيث إنه تبع للطلاق؛ قلنا: بتعليقه بصريح الشرط؛ لأنه إعدام للمشروط قبل وجوده.

ومن حيث أنه أصل؛ قلنا: بعدم تعليقه في جواب الأمر؛ لأنه إرسالٌ في اللفظ. ذكر كله في الذخيرة.

بخلاف قوله: خذ هذا المال واعمل مضاربة؛ لكونه لا يجعل حالًا [٤٦٩/ب] للتعذر ولا جوابًا للأمر؛ لأن الأمر لا يكون سببًا عن الأول؛ فكان للعطف والمشورة.

وفي الذخيرة: لو سألت أن يخلعها؛ فهو على أربعة أوجه:

الأول: أن تقول اخلعني من نفسك بألفٍ أو على ألف، فإذا خلعها؛ تم بقوله ولا يحتاج إلى قولها اختلعت أو قبلت، وهو المختار، ويصير الزوج وكيلًا عنها بالإخلاع.

....

والثاني: أن تقول بمالٍ أو على مال؛ ففيه لا يقع بمجرد قوله ما لم تقل المرأة: قبِلتُ في ظاهر الرواية، وفي رواية ابن سماعة: تتم، ومعنى قولهم: لا يتم: لا يجبُ بدل الخلع عليها.

وهل يقع الطلاق؟ اختلف فيه: قيل: يقع، وبه أخذ المرغيناني. وقيل: لا يقع، وهو الأظهر والأشبه.

والثالث: أن تقول: اخلعني بغير مال؛ وفيه يقع الطلاق.

والرابع: أن تقول اخلعني ولم تزد، قال شيخ الإسلام: يقع بقوله، وعلى قياس ما حُكي عن الفضلي؛ ينبغي أن تكون فيه روايتان. وقد ذكرناه(١).

والخامس: أن يخلعها على [ما](٢) تلد غنمها أو بحمل جاريتها، أو على ما يثمر نخيلها أو على شرب أو كلإٍ أو مرعى أو أقل ما تزوج، أو تزوج امرأة بمهرها؛ لم تصح التسمية وردّت مهرها.

وفي المحيط: أو على ما يكتسبُ العام أو ترثه من المال.

والسادس: أن يخلعها على ما يثمر نخيلها العام، فإن أثمرت؛ فله ذلك وإلا فلا شيء له في قول أبي يوسف الأول، ثم رجع وقال: يلزمها رد مهرها - وهو قول محمد- أثمرت أو لا؛ لأنه معدوم للحال فلم يتصور تمليكه.

وكذا على ما تلد أغنامها العام أو جاريتها العام؛ وجب عليها رد مهرها. ذكره في جوامع الفقه ولم يذكر فيه خلافًا.

وعلى ما في بطن جاريتها أو غنمها، أو على نخلها؛ صح وله ذلك، وإن لم يكن؛ فلا شيء له. وبه قال مالك.

وعند الشافعي يجب المهر؛ لأن ما يحويه يكون ربحًا وغيره، بخلاف الخلع على حمل جاريتها إذا لم يكن بها حمل؛ حيث يردّ مهرها؛ لأن الحمل مال فَقَرَنَهُ بذلك المال، ولو وجد العبد المخالع عليه نصرانيًا؛ لا يرجع بشيء.

---

(١) الذخيرة البرهانية لابن مازة (٤/ ٢٤٧).

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

....

قيل: هذا في عرف التجار في زمانهم؛ لأنه عيب يسير، أما في زماننا عيب فاحش يردّ به. ولو مات في يدها أو استحق يجب قيمته؛ لأنه لا ينفسخ بذلك بخلاف البيع.

والسابع: أن يخلعها على ما في نخلها من الثمر، أو على ما في بطون غنمها من الولد أو ضروعها من اللبن؛ إن وجد شيئًا من ذلك فهو له، وإلا ردت مهرها الذي قبضته.

ولو خالعها على خادم أو على جارية؛ يجب الوسط أو القيمة كالنكاح.

ولو خالعها على وصفاء بلفظ الجمع؛ فهو على ثلاثة أوساط، وبه قال القاضي من الحنابلة.

وقال مالك وأحمد: يجب ثلاثة من الأدون، وعلى حكمه أو حكمها أو حكم أجنبي فالواجب ردّ ما أعطاها ولا تلزمها الزيادة بحكمه أو حكم أجنبي، وبحكمها يلزم لولايتها على نفسها.

وفي المغني: لو خالعها على ما يثمر نخلها عامين؛ جاز، فإن لم تثمر؛ ترضيه بشيء لعدم التقدير(١).

وفي الجواهر: خالعها على جنين أو ثمرة لم يبدُ صلاحها؛ فالنفقة عليها إلى خروج الجنين وليس لها أن تجبر الزوج على أخذ الثمرة. وقيل: سقي الثمرة على الزوج(٢).

وفي البسيط: شرطَ في الخلعِ الرجعةَ، يفسدُ العِوضُ وتثبت البينونة، وهو قول أبي حنيفة واختاره المزني ويرجع الزوج إلى مهر المثل.

قيل عند أبي حنيفة: تبطل ولا يفسد العوض؛ لأن الأصل في الخلع الطلاق، ويصح خلعُ المطلقة الرجعية، وهو أصح القولين عند الشافعي؛ لقيام النكاح.

---

(١) المغني لابن قدامة (٧/ ٣٣٥).

(٢) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٤٩٩).

(وَقَالَا: الخِيَارُ بَاطِلٌ فِي الوَجهَينِ، وَالطَّلَاقُ وَاقِعٌ وَعَلَيهَا أَلفُ دِرهَم)[*] لِأَنَّ الخِيَارَ لِلفَسخِ بَعدَ الِانعِقَادِ لَا لِلمَنعِ مِن الِانعِقَادِ، وَالتَّصَرُّفَانِ لَا يَحتَمِلَانِ الفَسخَ

والثاني: المنع لتنجيز التحريم، ولو قال: طلقتكِ على ألف، أو قال: أنتِ طالق على ألف، فقالت: قبلتُ؛ كفى وإن لم يقل على ألفٍ.

وفي قوله: إن أديتِ إليَّ ألفًا؛ لا يشترط فيه القبول، ويكفي وضعَهُ بين يديه على المذهب إلا أن يقول: إن قبضت ألفًا.

ولو خالعها على ألفٍ إلى الحصاد والدياس؛ فالبينونة حاصله ويرجع إلى مهر المثل لفساد العوض، وقال أبو حنيفة: العوض صحيح والأجل ساقط.

قوله: (وقالا)؛ أي: أبو يوسف ومحمد **(الخيار باطل في الوجهين)**، وبه قال الشافعي وأحمد.

واتفقوا على أن الابتداء لو كان من جانبها؛ كان لها أن ترجع قبل قبولها ويبطل بقيامها وبقيامه أيضًا، ولا يقف على ما وراء المجلس لو كان غائبًا، ولا يتعلق بشرط ولا يضاف إلى وقت؛ لأنه معاوضة من جانبها فاعتبر أبو حنيفة فيه أحكام المعاوضة، فجوَّز خيار الشرط فيه.

والأصل أن الخيار للفسخ بعد [٤٧٠/أ] الانعقاد، أو للمنع من الانعقاد في حق الحكم على أصل أصحابنا، والطلاق لا يحتمل الفسخ، والخلع طلاق.

وعنده: إن اختارت في المدة؛ يقع الطلاق ويلزم المال، وإن ردَّت؛ لا يقع ولا يلزم المال، وقول أبي حنيفة موافق لأصول أصحابنا؛ فإن البيع بخيار الشرط للبائع لا ينعقد في حق الحكم بالاتفاق.

قوله: (ردت الخيار بطل)[(١)]؛ أي: الطلاق ولا يقع. وفي جامع قاضي خان: فإن ردّت الطلاق في الأيام الثلاثة؛ بطل الطلاق.

ولو أجازت الطلاق **(وإن لم ترد)**[(٢)] حتى مضت مدة الخيار؛ فالطلاق واقع ويلزمها المال.

(والتصرفان) وهما إيجاب الزوج وقبول المرأة، وأما إيجاب الزوج؛ فإنه

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) انظر المتن ص ٣٩٢.

(٢) انظر المتن ص ٣٩٢.

مِنَ الجَانِبَينِ، لِأَنَّهُ فِي جَانِبِهِ يَمِينٌ وَمِن جَانِبِهَا شَرطُهَا.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ الخُلعَ فِي جَانِبِهَا بِمَنزِلَةِ البَيعِ حَتَّى يَصِحُّ رُجُوعُهَا، وَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءِ المَجلِسِ، فَيَصِحُّ اشتِرَاطُ الخِيَارِ فِيهِ، أَمَّا فِي جَانِبِهِ يَمِينٌ حَتَّى لَا يَصِحُّ رُجُوعُهُ وَيَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءِ المَجلِسِ، وَلَا خِيَارَ فِي الأَيمَانِ، وَجَانِبُ العَبدِ فِي العَتَاقِ مِثلُ جَانِبِهَا فِي الطَّلَاقِ.

(يمين)؛ لأنه ذكر شرطًا وجزاءً، واليمين لا يقبل الفسخ، وأما قبول المرأة؛ فإنه **(شرطها)** تمام اليمين فإن يمينه يتم بقبولها؛ فأخذ قبولها حكم اليمين في عدم احتمال الانفساخ؛ كسائر شروط اليمين[١]، والمال مما يجري فيه الفسخ إذا كان المال مقصودًا **(والخيار للانفساخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد)**[٢]؛ فلذلك لغا شرط الخيار من الجانبين.

قوله: (حتى يصح رجوعه ولا يتوقف على ما وراء المجلس) وهذان الحكمان بالاتفاق. ذكره في جامع فخر الإسلام وشمس الأئمة وغيرهم بلفظ: ألا ترى أنها لو رجعت صح، ولو قامت بطل كما في البيع.

وأما قولهما: فمن جانبها شرط اليمين؛ فمسلَّمٌ في حق الزوج، أما في نفسه عليكِ مالٌ؛ جُعِلَ شرطًا بهذا الوصف؛ كرجل قال لآخر: [إن] بعتك هذا العبد بكذا فعبدي الآخر حرٌّ؛ أنه معلقٌ بالمعاوضة فلم يمنع كونه معاوضة عن أن يكون شرطًا لليمين، وإذا كان كذلك يثبتُ فيه الخيار، ولما بطل القبول بالرد بحكم الخيار بطل كونه شرطًا؛ لأن كونه شرطًا قائم بهذا الوصف، وهذا تمليكُ مالٍ.

والعقود ثلاثة: لازم؛ لا يحتمل الفسخ كالبيع والكتابة، والخيار ما شرع إلا في هذا القسم. إليه أشار فخر الإسلام.

ولو اختارت في ذلك المجلس؛ فلها ما اختارت، وإن لم تقل شيئاً حتى قامت؛ فالطلاق واقع والخلع ثابت. قال أبو الليث: وبه نأخذ. كذا في فصول الْإِسْتَرُوشَنِيّ.

قوله: (وجانب العبد) إلى آخره والجامع: أن للمرأة لا يحصل شيء؛ لأن

---

(١) في الأصل: (كسائر شروط الصلاة اليمين) وما أثبتناه من النسخة الثانية والثالثة.

(٢) انظر المتن ص ٣٩٥.

(وَمن قَالَ لِامرَأَتِهِ: طَلَّقتُك أَمسِ عَلَى أَلفِ دِرهَم فَلَم تَقبَلِي، فَقَالَت: قَبِلت، فَالقَولُ قَولُ الزَّوجِ، وَمَن قَالَ لِغَيرِهِ: بِعتُ مِنكَ هَذَا العَبدَ بِأَلفِ دِرهَم أَمسِ فَلَم

البضع غير مال عند الخروج؛ فكذا مالية العبد تتلف على ملك المولى بالإعتاق، ولا يحصل للعبد شيء منها، وقبول المال جائز في الطلاق والعتاق.

وفي الفوائد: فارق الخلع النكاح في أن الخيار لا يصح في النكاح؛ لأن المال فيه تابع [بخلاف الخلع؛ فإن المال ليس بتابع] فيه عنده في الحكم فينفرد بحكمه.

فإن قيل: يشكل هذا بما لو قال: إن دخلتِ الدار فأنتِ طالق على أني بالخيار، أو على أنك بالخيار ثلاثة أيام؛ لا يصح الخيار من الجانبين.

قلنا: أثبتنا الخيار هنا بدلالة النص لا بالقياس؛ فإن ثبوت الخيار في البيع لدفع الغبن في الأموال، والغبن في النفوس أضر، والحاجة إلى التروي فيه أكثر فإنه ربما يفوته هذا الازدواج على وجه لا يحصل له مثله أبدًا؛ فصح فيه الخيار للتأمل، وهذا المعنى يعرفه كل لغوي فيكون ثابتًا بدلالة النص.

قوله: (القول قول الزوج)؛ أي: مع يمينه؛ أي: تعليق الطلاق بالقبول، ولهذا لا يصح رجوعه منه فكان القبول شرطًا.

ولو اختلفَا في وجود الشرط فالقول للزوج؛ لأن الإقرار بالتعليق لا يكون إقرارًا بوجود الشرط؛ لأن التعليق يمين، وعند وجود الشرط لم يبق يمينًا؛ فكان وجود الشرط ضد اليمين، فكيف يكون الإقرار بالشيء إقرار بضده؟ فكان منكرًا لوجود الشرط فالقول للمنكر.

أما البيع فمعاوضة؛ فلا يتم إلا بالإيجاب والقبول، فإذا أنكر القبول بعد ذلك؛ كان ذلك رجوعًا عما أقرَّ به فلا يصح، حتى لو قال: بعت طلاقكِ أمس فلم تقبلي، فقالت: قبلتُ؛ كان القولُ لها كما في بيع العروض. وكذا لو قال لعبده: بعتُ نفسك بألف فلم تقبل، فقال العبد: قبلتُ؛ كان القول للعبد، ولو قال: أعتقتكَ أمس على ألف فلم تقبل، فقال العبد: قبلتُ؛ كان القول للمولى، وهذا والطلاق سواء.

ولو قال: طلقتكِ أمس، وقالت: إن شاء الله، ذكر في إقرار الأصل: أنه لا يقع.

يَقبَل فَقَالَ: قَبِلتُ فَالقَولُ قَولُ المُشتَرِي) وَوَجهُ الفَرقِ: أَنَّ الطَّلَاقَ بِالمَالِ يَمِينٌ مِن جَانِبِهِ، فَالإِقرَارُ بِهِ يَكُونُ إِقرَارًا بِالشَّرطِ لِصِحَّتِهِ بِدُونِهِ، أَمَّا البَيعُ فَلَا يَتِمُّ إِلَّا بِالقَبُولِ وَالإِقرَارُ بِهِ إِقرَارٌ بِمَا لَا يَتِمُّ إِلَّا بِهِ فَإِنكَارُهُ القَبُولَ رُجُوعٌ مِنهُ.

قَالَ: (وَالمُبَارَأَةُ كَالخُلعِ، كِلَاهُمَا يُسقِطَانِ كُلَّ حَقٍّ لِكُلِّ وَاحِد مِن الزَّوجَينِ

وفي المنتقى: لا يقع عند أبي يوسف، وعند محمد يقع وعليه الفتوى.

ولو قال: طلقتكِ إن شاء الله؛ لا يقع.

ولو قال: كنتُ قلتُ لكِ أنتِ طالق ثلاثًا إن شاء الله، وكذبته في المشيئة؛ [٤٧٠/ب] فالقول للزوج؛ لأن الطلاق المتصل بالاستثناء لا حُكمَ له.

وفي الذخيرة: لو بعتُكِ طَلاقكِ؛ لا يقع ما لم تقل اشتريت، بخلاف خالعتكِ؛ حيث يقع إذا نوى.

وفي المحيط: قالت: سألتكَ ثلاثًا بألف فطلقتني واحدة، وقال: سألتِ واحدة؛ فالقول لها والبينة له.

قوله: (وَالمُبَارَأَةُ كَالخُلعِ) إلى آخره؛ يقال: بارأ شريكه؛ أي: أبرأ كل واحد منهما صاحبه، ومنه قولهم: والمبارأة كالخلع[١] وترك الهمزة خطأ. كذا في المغرب[٢].

(يسقطان)؛ أي: الخلع والمبارأة. صورة المسألة: خالعها أو أبرأها بمال معلوم؛ كان له ما سمى ولم يبق لأحدهما على الآخر دعوى في المهر مقبوضًا أو لا، قبل الدخول أو بعده؛ فيسقط حق طلب المهر لها إن لم يكن مقبوضًا، وحق الرجوع بنصفه له قبل الدخول إن كان مقبوضًا.

ولو خالعها بمهرها برئ الزوجُ عن المهر إن لم يكن مقبوضًا، وبرئت عما يستحق الزوج بالطلاق قبل الدخول إن كان مقبوضًا.

و[لو][٣] لم يذكر البدل، فعن أبي حنيفة روايتان، والصحيح براءة كل منهما

---

(١) في المغرب: ومنه قولهم: الخلع كالمبارأة.
(٢) المغرب في ترتيب المعرب للمُطَرِّزيّ (ص٣٨).
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

عَلَى الآخَرِ مِمَّا يَتَعَلَّقُ بِالنِّكَاحِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَسقُطُ فِيهِمَا إِلَّا مَا سَمَّيَاهُ، وَأَبُو يُوسُفَ مَعَهُ فِي الخُلعِ وَمَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي المُبَارَأَةِ(*).

عن صاحبه، وعندهما: لم يبرأ. كذا قاله قاضي خان.

ولو خالعها على بعض المهر ولم يكن مقبوضًا؛ سقط كله عند أبي حنيفة، البعض المذكور [بحكم][1] الشرط، والباقي بمقتضى الخلع.

وقوله: (مما يتعلق بالنكاح)؛ أي: من حقوقه؛ يعني: من أجل الاستمتاع والمهر، وهذا احتراز عن دين وجب بسبب آخر، فإنه لا يسقط على ظاهر الرواية ونفقة العدة لا تسقط أيضًا إلا بالتسمية، وكذا السكنى بالإجماع.

ولو خالعها ولم يذكر المال وقبلت؛ لا يسقط شيء من المهر في ظاهر الرواية، وقال الإمام السعدي وشيخ الإسلام: يسقط إن كان عليه ولا يجب عليها رد ما قبضت؛ لأن المال مذكور عرفًا في الخلع. وكذا لو بارأها على شيء؛ لا يتبع أحدهما صاحبة بعد المبارأة بشيء من المهر.

وكذا لو قبضت منه نصف المهر أو أقل أو أكثر، ثم اختلعت بدراهم مسمَّاة أو بثوب معروف، أو كان المهر عبدًا بعينه في يده أو في يدها؛ لا يتبع أحدهما صاحبه بشيءٍ من المهر. وهذا عند أبي حنيفة.

وقال محمد: لا يسقط في الخلع والمبارأة إلا ما سمياه، وأيُّهما كان له قِبَلَ صاحبه شيء من المهر ردّه عليه.

وفي المبسوط: وعلى هذا الأصل لو كان مهرها ألف واختلعت منه قبل الدخول على مائة من مهرها؛ فليس لها أن ترجع عليه بشيء في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: ترجع عليه بأربعمائة.

ولو كانت قبضت الألف ثم اختلعت بمائةٍ؛ لم يكن له غير المائة في قوله، وفي قولهما: يرجع عليها إلى تمام النصف.

وكذا لو كان المهر عبدًا بعينه في يدها، فاختلعت بمائة؛ فعنده: لا يرجع

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

لِمُحَمَّد: أَنَّ هَذِهِ مُعَاوَضَةٌ، وَفِي المُعَاوَضَاتِ يُعتَبَرُ المَشرُوطُ لَا غَيرُهُ.

وَلِأَبِي يُوسُفَ: أَنَّ المُبَارَأَةَ مُفَاعَلَةٌ مِن البَرَاءَةِ فَتَقتَضِيهَا مِن الجَانِبَين، وَأَنَّهُ مُطلَقٌ قَيَّدنَاهُ بِحُقُوقِ النِّكَاحِ لِدَلَالَةِ الغَرَضِ، أَمَّا الخُلعُ فَمُقتَضَاهُ الِانخِلَاعُ وَقَد حَصَلَ فِي نَقضِ النِّكَاحِ وَلَا ضَرُورَةَ إِلَى انقِطَاعِ الأَحكَامِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ الخَلعَ

عليها بشيء من العبد، وعندهما: يرجع عليها بنصف العبد[1].

وعلى هذا لو قالت بالفارسية: خويشتن جرندم أرتو، فقال: فروختم؛ يقع طلاق بائن ولا تردّ المهر، وإن لم تقبض؛ برئ الزوج منه.

عقد **(معاوضة)** أي: الخلع والمبارأة عقد معاوضة؛ فيجب به العوض المسمى لا غيره كما في سائر المعاوضات. وبه قال الشافعي.

فلا يسقط بهما شيء من الحقوق الواجبة بالنكاح كما لو قال بلفظ الطلاق؛ بدليل أن الواجب بسبب آخر -لا يسقط- أو عين في يده؛ لا يسقط شيء من ذلك فكذا الحقوق الواجبة بالنكاح؛ ولهذا لا تسقط النفقة الواجبة بالنكاح، وهي من حقوق النكاح وهي أضعف من المهر، فلما لم يسقط ما هو أضعف الحقين؛ فلأن لا يسقط أقواه كان أولى[2].

ولأن هذا طلاق بعوض حقيقة فلا يتعدى حكمه على ما سميا كما لو طلقها بمال نصًّا.

وأبو يوسف يقول: المبارأة تقتضي البراءة من الجانبين، بخلاف الخلع فإنه يقتضي فصلًا وانخلاعًا **(وقد حصل في نقض النكاح)** ولا ينبئ عن البراءة كما لو تلفظ الإبانة أو الطلاق.

وأبو حنيفة يقول: الانخلاع من كل وجه إنما يتحقق إذا لم يبق لأحدهما قِبَل صاحبه حق، وذا في البراءة عن الحقوق.

ولأن الخلع صلح في الحقيقة، والصلح لقطع المنازعة، وذا فيما قلنا وذلك أن الخلع إنما يكون عند النشوز، وسبب النشوز الوصلة بسبب النكاح، فتمام الانقطاع والمنازعة إنما يكون بإسقاط ما وجب باعتبار تلك الوصلة،

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ١٩٠).

(٢) انظر: المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ١٩١).

يُنَبِّئُ عَن الفَصلِ، وَمِنهُ خَلْعُ النَّعلَ وَخَلْعُ العَمَلَ وَهُوَ مُطلَقٌ كَالمُبَارَأَةِ، فَيُعمَلُ بِإِطلَاقِهِمَا فِي النِّكَاحِ وَأَحكَامِهِ وَحُقُوقِهِ.

قَالَ: (وَمَن خَلَعَ ابنَتَهُ وَهِيَ صَغِيرَة بِمَالِهَا لَم يَجُز عَلَيهَا) لِأَنَّهُ لَا نَظَرَ لَهَا فِيهِ إِذ البُضعُ فِي حَالَةِ الخُرُوجِ غَيرُ مُتَقَوِّم، وَالبَدَلُ مُتَقَوَّمٌ بِخِلَافِ النِّكَاحِ، لِأَنَّ البُضعَ مُتَقَوَّمٌ عِندَ الدُّخُولِ، ....

وسائر الديون لا تجب بسبب وصلة النكاح، ونفقة العدة غير واجبة عند الخلع؛ بل تجب شيئاً فشيئاً، والخلع والمبارأة يُسقِطان ما هو واجبٌ بسبب النكاح في الحال، [٤٧١/أ] وليس في لفظ الطلاق ما يدل على إسقاط الحقوق الواجبة بالنكاح؛ فلا يسقط مع أنه ممنوع في رواية الحسن عن أبي حنيفة(١).

في المبسوط: لو شرط عليها البراءة من النفقة والسكنى؛ فهو بريء من النفقة -وبه قال أحمد. وقال الشافعي: لم يثبت العوض ووجب مهر المثل؛ لأنها أسقطت حقها- ووجوب النفقة في العدة باعتبار حالة الفرقة حتى لو كانت ممن لا يستحقها عند ذلك لا تستحقها من بعد؛ فصح إسقاطها؛ لأنها مقصودة بالإسقاط فلا يكون إلا بعد وجوبها وهي تجب شيئاً فشيئاً بحسب المدة. ولا يصح إبراؤها عن السكنى في الخلع؛ لأن خروجها من بيت الزوج معصية، قالوا: لو أبرأته من مؤنة السكنى بأن سكنت بيت نفسها أو التزمت مؤنة السكنى من مالها؛ صحَّ ذلك مشروطًا في الخلع؛ لأنه خالص حقها(٢).

قوله: (خلع ابنته) إلى قوله: (لم يجز عليها)؛ يعني: يقع الطلاق ولا يجب المال نصَّ عليه في المنتقى. وبه قال الشافعي وأحمد، وقال مالك: يجوز.

وإن قَبِلَتْ الصغيرة على مالها؛ وقع الطلاق ولا يلزمها المال، وهو قول الأئمة الثلاثة.

وعن أبي القاسم في التي لم تحض وقد بنى بها: لزوم المال.

قوله: (بخلاف النكاح)؛ أي: البضع **(متقوم عند الدخول)** حتى لو زوج

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٢/ ٢٢٧).
(٢) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٧٢).

وَلِهَذَا يُعتَبَرُ خَلعُ المَرِيضَةِ مِن الثُّلُثِ، وَنِكَاحُ المَرِيضِ بِمَهرِ المِثلِ مِن جَمِيعِ المَالِ، وَإِذَا لَم يَجز لَا يَسقُطُ المَهرُ وَلَا يَستَحِقُّ مَالَهَا، ثُمَّ يَقَعُ الطَّلَاقُ فِي رِوَايَة، وَفِي رِوَايَة، لَا يَقَعُ، وَالأَوَّلُ: أَصَحُّ، لِأَنَّهُ تَعلِيقٌ بِشَرطِ قَبُولِهِ فَيُعتَبَر بِالتَّعلِيقِ بِسَائِرِ الشُّرُوطِ (وَإِن خَالَعَهَا عَلَى أَلف عَلَى أَنَّهُ ضَامِنٌ، ....

ابنه الصغير امرأة بمهر المثل؛ صح؛ لأنه قابل المتقوم بالمتقوم.

وقوله: (ولهذا يعتبر)، متصل **بقوله**: (غير متقوم).

وقوله: (ونكاح المريض) متصل **بقوله**: (متقوم عند الدخول).

(والأول) وهو: وقوع الطلاق **(أصح)** وهو اختيار أبي اليسر والصدر الشهيد؛ لأن العاقد هو الأب؛ فيعتبر قبوله وقد علق الطلاق بالقبول، وقد وُجد، فيقع كما لو علقه بشرط آخر؛ ولهذا لو خالعها وهي صغيرة عاقلة وقبلت؛ يقع الطلاق ولا يسقط المهر. كذا هنا.

وجه عدم الوقوع: أن الخلع في معنى اليمين، والأيمان لا يجزئ فيها النيابة، ولو انعقد من الأب؛ انعقد بطريق النيابة وهذا غير صحيح؛ لأن شرط اليمين وُجد من الأب لا نفس اليمين، وشرط اليمين يصح من كل أحدٍ -كذا ذكره أبو اليسر وقاضي خان والتمرتاشي- هذا إذا قبل الأب.

فإن قبلت وهي عاقلة تعقل أن النكاح جالب والخلع سالب؛ وقع الطلاق بالاتفاق ولا يلزمها المال.

وإن لم تقبل هل يقع؟ اختلف، والصحيح أنه يقع؛ لما ذكرنا.

وفي جوامع الفقه: طلقها بمهرها وهي صغيرة عاقلة وقبلت؛ وقعت طلقة ولا تبرأ.

وإن قبل أبوها أو أجنبي: روى هشام عن محمد: أنه يقع، وروى الهندواني عن محمد: أنه لا يقع. ولو بلغت وأجازت؛ جاز[1].

قوله: (أنه)؛ أي: الأب **(ضامن)**، والمراد من الضمان هاهنا التزام المال

---

(١) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٢٣٨).

فَالخُلعُ وَاقِعٌ وَالأَلفُ عَلَى الأَبِ) لِأَنَّ اشتِرَاطَ بَدَلِ الخُلعِ عَلَى الأَجنَبِيِّ صَحِيحٌ فَعَلَى الأَبِ أَولَى.

لا الكفالة عن الصغيرة؛ لعدم وجوب المال على الصغيرة. هكذا ذكره في الفوائد الظهيرية والإمام قاضي خان[1].

(فالخلع واقع)؛ أي: جائز.

وفي الذخيرة: خالع الأب أو الأجنبي صغيرةً على صداقها وضمنه صح الخلع ولم يسقط المهر، وإذا بلغت تأخذ نصف المهر، ثم الزوج يرجع على الضامن.

وقال السرخسي: أو ترجع البنت على الأب بنصف الصداق ولا يرجع على الزوج.

قيل: تأويلها خالعها على مثل صداقها لا يجوز الخلع، والصحيح أنه جائز، ولو لم يضمنه الأب لا يسقط صداقها.

وتقع البينونة بقبولها، وهي تقبل العقد بالاتفاق، وإن لم تقبل عقد الخلع وكان أجنبيًّا؛ لا تقع البينونة بالاتفاق.

وهل يتوقف على إجازتها العقد عند بلوغها؟

قيل: لا يتوقف؛ لأنه ليس له مجيز عند صدوره.

وقيل: يتوقف. نص عليه الخصاف في شروطه.

وإن كان أبًا ولم يضمن للزوج هل يقع للزوج طلاقه؟

قيل: روايتان؛ قال خواهر زادة: رواية الوقوع محمولة على ضمان الأب توفيقًا بين الروايتين[2].

(لأن اشتراط بدل الخلع على الأجنبي صحيحٌ) باتفاق الأئمة الأربعة، ومنعه أبو ثور **(فعلى الأب أولى)**؛ لأن له ولاية عليها وعلى مالها بيعًا وشراء وإجارة وإبضاعًا وإيداعًا.

أما في اشتراط بدل العتق أو المهر في النكاح على الأجنبي؛ لا يصح.

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٥٢٨).
(٢) الكل من الذخيرة (٤/ ٢٧٠): (٤/ ٢٧٢).

....

والفرق أن الأب والأجنبي في الخلع في معنى المرأة؛ لما أنها لا تملكُ بالخلع شيئاً بل يسقط ملك الزوج، وجاز أخذ المال منها إذا رضيت بوجوب المال فكذلك يجوز أخذ المال من الأجنبي إذا رضي بوجوبه.

أما العتق؛ فالأجنبي هناك ليس في معنى العبد في حق التزام المال؛ لأن الإعتاق يُثبِتُ العتقَ للعبد وهو مالكية النفس، [٤٧١/ب] والعوض لا يجب على غير من حصل له العوض، وكذلك في البيع والنكاح.

وحاصله: أنه يجوزُ اشتراط البدل على الأجنبي في الإسقاطات دون الإثباتات، غير أن في اشتراط المهر على الغير بنفي النكاح بغير مهر؛ جاز بمهر المثل، وفي اشتراط الثمن على غير المشتري بنفي البيع بلا ثمن؛ فاسدًا.

ألا ترى أن النبي ﷺ جوَّز في قضاء الدَّين من الأجنبي؛ لأنه إسقاط وليس بتمليك؛ لأن تمليك الدَّين مِن غير مَن عليه الدَّين لا يجوز، فلما جاز في قضاء الدين؛ جاز في الخلع لأنه مثله. إليه أشار أبو اليسر وقاضي خان وصاحب الفوائد.

في الذخيرة: بدل الخلع إذا كان مضافًا إلى الأجنبي إضافة ملك أو إضافة ضمان لا يشترط قبول المرأة، ولا تجعل المرأة عاقدة؛ صورته: أن يقول أجنبيٌّ للزوج: خالِعْها على ألفٍ عليَّ أو على ألف على أني ضامن، أو يقول: خالعها على عبدي هذا أو على داري هذه ففعل؛ فالخلع واقع ولا يحتاج إلى قبول المرأة؛ لأن العاقد في هذه الصورة الأجنبي لأن خطاب الخلع جرى منه فلا يشترط قبولها؛ لأن القبول يشترط ممن يجب عليه البدل لا ممن يقع عليه الطلاق؛ لأن القبول إنما يشترط لوجوب البدل لا لوقوع الطلاق.

أما لو قال الأجنبي: اخلعها على هذا العبد أو على هذه الألف؛ فالقبول لها؛ لأن خطاب الخلع وإن جرى من الأجنبي، ولكن البدل مرسل، وفي مثل هذه الصورة يجعل العاقد المرأة[1].

(١) الكل من الذخيرة البرهانية لابن مازة (٤/ ٢٧٤).

وَلَا يَسقُطُ مَهرُهَا، لِأَنَّهُ لَم يَدخُل تَحتَ وِلَايَةِ الأَبِ (وَإِن شَرَطَ الأَلفَ عَلَيهَا تَوَقَّفَ عَلَى قَبُولِهَا إِن كَانَت مِن أَهلِ القَبُولِ، فَإِن قَبِلَت وَقَعَ الطَّلَاقُ) لِوُجُودِ الشَّرطِ (وَلَا يَجِبُ المَالُ) لِأَنَّهَا لَيسَت مِن أَهلِ الغَرَامَةِ فَإِن قَبِلَهُ الأَبُ عَنهَا: فَفِيهِ رِوَايَتَانِ (وَكَذَا إِن خَالَعَهَا عَلَى مَهرِهَا وَلَم يَضمَنِ الأَبُ المَهرَ تَوَقَّفَ عَلَى قَبُولِهَا، فَإِن قَبِلَت طَلُقَت وَلَا يَسقُطُ المَهرُ) وَإِن قَبِلَ الأَبُ عَنهَا فَعَلَى الرِّوَايَتَينِ (وَإِن ضَمِنَ الأَبُ المَهرَ، وَهُوَ أَلفُ دِرهَمٍ طَلُقَت) لِوُجُودِ قَبُولِهِ، وَهُوَ الشَّرطُ ....

(لأنه لم يدخل تحت ولاية الأب)؛ لأنه ليس من النظر، وولايته نظرية.

(وإن شرط)؛ أي: الزوج (الألف عليها)؛ أي: على الصغيرة إن كانت من أهل القبول؛ بأن كانت تعقل العقد وتُعَبِّر عن نفسها. كذا ذكره التمرتاشي.

(فإن قبله)؛ أي: بدل الخلع (عنها ففيه روايتان) هذا القبول في معنى الشرط، في رواية: يصح؛ لأن هذا نفع محض؛ لأن الصغيرة تتخلص عن عهدته بغير مال؛ فصح من الأب كقبول الهبة.

وفي رواية: لا [يصح][١]؛ لأن هذا القبول بمعنى شرط اليمين، وذلك مما لا يحتمل النيابة. كذا في مبسوط فخر الإسلام. وفي الكافي: وهذا أصح[٢].

قوله: (وإن قبل الأب عنها) وهي لم تقبل هل يقع الطلاق؟ **(فعلى الروايتين).**

أما إذا (ضمن الأب المهر)؛ جاز (طلقت لوجود قبوله وهو الشرط) ثم قيل: تأويل المسألة أن يخالعها على مال مثل مهرها، أما لو خالعها على صداقها؛ لم يجز الخلع أصلًا؛ لأنها مال مملوك لها، وليس للأب ولاية إبطال ملكها بإزاء ما ليس بمتقوم، ولا معتبر بضمانه في ذلك.

والأصح أن الخلع على مهرها وعلى مالٍ مثلِ مهر مثلها سواء؛ لأنه وإن سمى المهر للخلع فإنما يتناول العقد مثله، وضمان الأب إياه صحيح؛ فينفذ ذلك[٣].

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٥٢٨).
(٣) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٧٩).

(وَيَلزَمُهُ خَمسُمِائَة) استِحسَانًا.

وَفِي القِيَاسِ: يَلزَمُهُ الأَلفُ، وَأَصلُهُ فِي الكَبِيرَةِ إِذَا اختَلَعَت قَبلَ الدُّخُولِ عَلَى أَلف وَمَهرُهَا أَلفٌ، فَفِي القِيَاسِ: عَلَيهَا خَمسُمِائَةٍ زَائِدَةٌ، ....

قوله: (وإن ضمن الأب المهر)؛ أي: في صورة خلع الأب مع الزوج.

(ويلزمه)؛ أي: الأب (خمسمائة استحسانًا)؛ لأن المسألة مصورة في غير الموطوءة؛ بدليل إيراد أصل هذه المسألة في الكبيرة التي لم يدخل بها، ثم لما كانت الصغيرة غير موطوءة وأضاف الخلع إلى مهرها، ومهرها ما يجبُ بالنكاح، والواجب بالنكاح في الطلاق قبل الدخول نصف المهر وذلك خمسمائة فكأنه خالعها على خمسمائة.

وفي الذخيرة: هذا وجه الاستحسان. هذا إذا خالعها على جميع مهرها.

فإن خالعها على بعض مهرها؛ بأن خالعها على عُشر مهرها مثلًا، والمهر مقبوضٌ وذلك ألف، وهي موطوءة؛ له عليها مائة بدل الخلع، والباقي سالم لها.

ولو كان غير مقبوض؛ سقط عنه عشر المهر بدل الخلع بلا خلاف[(١)]، ويسقط الباقي بسبب الخلع عند أبي حنيفة خِلافًا لهما؛ بناءً على الأصل الذي ذكرنا أن الخلع يوجبُ البراءة عنده عن حقوق النكاح، خلافًا لهما[(٢)].

(ففي القياس عليها خمسمائة زائدة)؛ لأن الصفة تتبع المضاف إليه كما في قوله تعالى: ﴿سَبۡعَ بَقَرَٰتٍ﴾ [يوسف ٤٣]؛ لأن الصداق إذا لم يكن مقبوضًا استحق الزوج عليها ألفًا بخمسمائة، فيبقى للزوج عليها خمسمائة زائدة.

مسائل تتعلق بهذا الباب

في الذخيرة: قالت: خلعتُ نفسي منكَ بألفٍ ثلاث مراتٍ، فقال الزوج: رضيتُ أو أجزتُ؛ كان ثلاثًا بثلاثة.

ولو قال الزوج: خلعتكِ، ولم يذكر عوضًا، فقالت: قبلتُ؛ لا يسقط شيء

---

(١) في المحيط (للاختلاف).

(٢) الذخيرة البرهانية لابن مازة (٤/ ٢٥٦).

وَفِي الِاستِحسَانِ: لَا شَيءَ عَلَيهَا، لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ عَادَة حَاصِلُ مَا يَلزَمُ لَهَا.

من مهرها في ظاهر الرواية، وقال شيخ الإسلام والسُّغدي: تبرأ من مهرها وترد المهر لو قبضته.

وعن أبي حنيفة: روايتان إذا لم يذكر [٤٧٢/أ] العوض في الخلع، والأصح براءته.

وفي شرح الكافي: يبرأ من المهر عنده[١].

وفي المحيط: الصحيح أن ما قبضته فهو لها، وما كان باقيًا في ذمته يسقط[٢].

ولو شرط البراءة عن نفقة العدة ومؤنة السكنى؛ سَقطَا بلا خلاف.

ولو شرطت البراءة عن السكنى؛ لا يصح؛ لأن السكنى في بيت العدة حق الله تعالى[٣].

وفي المرغيناني: لا تصح البراءة عن نفقة العدة اتفاقًا، إلا بالشرط في الطلاق[٤].

ولا يقع الإبراء عن نفقة الولد والرضاع بالشرط، ولو وقت له وقتًا؛ جاز، ولو مات الولد قبل تمام الوقت يرجعُ الأب إلى تمام المدة[٥]، والحيلة في ألا يرجع عليها: أن يقول الزوج: خالعتكِ على أني بريء من نفقة ولدكِ فإن مات فلا رجوع لي عليكِ.

ولا تدخل نفقة العدة في قوله: خلعتُكِ بكل حقٍّ لكِ عليَّ؛ لأنها لم تكن حقًّا عليه عند الخلع[٦].

وفي المحيط في شرط سقوط النفقة: الخلع ينعقد غير موجب للنفقة.

وفي القنية: الإبراء وُجد بعد وجود سبب وجوب النفقة؛ فيصح وإن لم تكن واجبة عنده.

---

(١) أي: الزوج يبرأ من المهر عند أبي حنيفة. الذخيرة البرهانية لابن مازة (٤/ ٢٥٤).
(٢) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٣٤٠).
(٣) الذخيرة البرهانية لابن مازة (٤/ ٢٥٧).
(٤) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٥٣٠).
(٥) الذخيرة البرهانية لابن مازة (٤/ ٢٥٧).
(٦) الذخيرة البرهانية لابن مازة (٤/ ٢٥٨).

....

قيل: ما ذكره صاحب المحيط هو الصحيح، وما ذكر في القنية يبطل بالإبراء بعد الخلع فإنه لا يصح.

وفي الينابيع: لو أبرأته من نفقة العدة بعد الخلع صحَّ -هذا يؤيد ما في القنية- بخلاف الإبراء من النفقة حال قيام النكاح؛ لأن الإبراء من النفقة المستقبلة لا يصح. قال صاحب الينابيع: هكذا ذكره الطحاوي(١).

وفي القنية: خالعها على نفقة ولده عشر سنين وهي معسرة وطالبته بنفقتها؛ يجبر عليها، وما شرط عليها دين. وعليه الاعتماد لا على ما أفتاه من سقوط النفقة(٢).

وفي الذخيرة: خالعها على رضاع ابنه سنتين وعلى نفقة ابنه عشر سنين بعد الفطام؛ يجوز. وكذا لو خالعها على أن تكسوه من مالها في المدة ولا تضره الجهالة، ولو لم يشترط ذلك فلها طلب كسوته ولو كان في بطنها(٣).

والمسألة بحالها: ثم ولدته ميتًا؛ رجع عليها بأجرة الرضاع سنتين، ونفقة عشر سنين(٤).

اختلعَتْ على أن تترك ولدها عند الزوج؛ فالخلع جائز والشرط باطل(٥).

في المحيط: قال: اخلعي نفسَكِ بألف، ثم قال: خالعتكِ بألف ولم تقل المرأة قبلتُ؛ يصح الخلع وفي رواية لا يصح؛ وعلل بأن الوكيل يستزيد ويستنقص، والمال مقصود في الخلع بخلاف النكاح، وكذا الكتابة والصلح عن دم عمد على الروايتين، وكذا لو قال: اشترِ ثلاث تطليقات بألف؛ فقالت: اشتريتُ.

وفي النوادر: لا يتم الخلع ما لم يقل الزوج: قبلتُ، وهو الصحيح إلا إذا

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٥٣٠).
(٢) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٢٣٧).
(٣) الذخيرة البرهانية لابن مازة (٤/ ٢٦٩).
(٤) الذخيرة البرهانية لابن مازة (٤/ ٢٦٨).
(٥) الذخيرة البرهانية لابن مازة (٤/ ٢٦٩).

....

أراد التحقيق دون المساومة.

ولو قال: اختلعتِ نفسكِ مني، فقالت: فعلتُ؛ قيل: يصح، وقيل: لا يصح مطلقًا، والمختار: أنه يصح إن أراد التحقيق دون السوم.

قالت: بعتكَ مهري ونفقة عدتي، فقال: اشتريتُ؛ فالظاهر أنها لا تطلق، ولكن الأحوط تجديد النكاح.

في المغني: خالعته على رضاع ولده سنتين صحَّ عند أحمد، وبه قال الشافعي.

و[لو][1] لم يذكر فيه مدة: صح وينصرف إلى ما بقي من المدة، وعند الشافعية: لا يصح عند عدم ذكر المدة.

ولو مات الصبي في المدة أو ماتت أو انقطع لبنها: فعليها أجر المثل لما بقي من المدة، وعند الشافعي في أحد قوليه: يأتيها بصبي ترضعه في بقية المدة[2].

ولو خالعها بغير عوض: صحَّ ولا شيء له، وروى عنه ابنه عبد الله: أنها تبقى تطليقتين ويتزوجها بعقد جديد -وهو قول أصحابنا- ومالك.

وفي رواية عن أحمد: لا يصح الخلع إلا بعوض[3].

المختلعة يلحقها صريح الطلاق في العدة عندنا، وبه قالت الظاهرية، وهو قول ابن المسيب وشريح وطاووس والزهري والنخعي والحكم وحماد ومكحول وعطاء والثوري وابن مسعود وأبي الدرداء وعمران بن الحصين.

وعند الشافعي ومالك وأحمد: لا يلحقها، ولا يتناولها الطلاق [إلا] في قوله: نسائي طوالق عندهم[4].

ولو قال لها: اعتدِّي واستبرئي رحمكِ وأنتِ واحدة، ينوي الطلاق؛ يقع عليها تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد، خلافًا لأبي يوسف.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) المغني لابن قدامة (٧/ ٣٣٥).
(٣) المغني لابن قدامة (٧/ ٣٣٧).
(٤) المغني لابن قدامة (٧/ ٣٣١).

....

احتجوا بما روي أنه عليه السلام قال: «**المختلعة لا يلحقها صريح الطلاق وإن كانت في العدة**» ويروى ذلك عن ابن عباس(١).

ولنا: ما رواه أبو يوسف بإسناده في الأمالي عن النبي عليه السلام قال: «**المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة**»(٢)، قال النسائي: الثقات من أصحاب أبي حنيفة أبو يوسف(٣)، وذكر جماعة غيره، وكذا عن أحمد ويحيى بن معين. ذكره السمعاني [٤٧٢/ب] في الأنساب.

وروى أبو ثور عن محمد في الكيسانيات عن النبي ﷺ «**أن من خالع امرأته ثم طلقها يقع طلاقه**» وحديثهم لا أصل له. ذكره سبط ابن الجوزي في إيثار الإنصاف(٤).

ولو اشتد الشقاق بينهما بعث القاضي حكمًا بينهما من أهلهما؛ قال تعالى: ﴿فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا﴾ [النساء ٢٤] والضمير في ﴿إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا﴾ للحكمين، وفي ﴿يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ﴾ للزوجين. وقيل: الضميران للزوجين.

والأولى أن يكون الحكمان من أهلهما؛ لأنهما أخبرُ بباطن أمرهما وأشفقُ بهما، وبه قال الشافعي وأحمد. وقال مالك: يشترط أن يكونا من أهلهما إلا أن [لا](٥) يوجد من أهلهما من يصلح لذلك.

وقولهما نافذ في الجمع والتفريق بتوكيلهما عندنا. وبه قال الشافعي في الأصح وأحمد، وهو قول عطاء وقتادة والحسن وأبي ثور. وقال مالك: قولهما

---

(١) أخرجه البيهقي (٧/ ٥١٨، برقم ١٤٨٦٦) عن ابن عباس، وابن الزبير رضي الله عنهم أنهما قالا: في المختلعة يطلقها زوجها قالا: "لا يلزمها طلاق لأنه طلق ما لا يملك".

(٢) ذكره ابن عبد الهادي، وقال: حديث موضوع، لا أصل له. تنقيح التحقيق (٤/ ٤١٧)، لكن في مصنف ابن أبي شيبة (٤/ ١٢١، برقم١٨٤٧٦) كان عمران بن حصين، وابن مسعود يقولان في «التي تفتدي من زوجها لها طلاق ما كانت في عدتها» قال في الجوهر النقي (٧/ ٣١٧) ورجال هذا السند على شرط الجماعة.

(٣) انظر: موسوعة أقوال النسائي في الرجال (صـ٢٧٧٩).

(٤) إيثار الإنصاف في آثار الخلاف لسبط ابن الجوزي (صـ١٦٥).

(٥) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

....

نافذٌ في الجمع والتفريق من غير توكيل منهما وهو قول الأوزاعي وإسحاق ابن راهويه، وروي ذلك عن عثمان وعلي رضي الله عنهما.

وتطلق واحدة بائنة عند مالك. وقال ابن القاسم: يجوز اجتماعهما على الثلاث.

قلنا: [ليس][1] للحاكم أن يطلق ولا أن يبرئ من مالهما؛ فكيف يفعل ذلك نائبه؟[2].

وفي أحكام القرآن للرازي: عن سعيد ابن جبير: يعظها الزوج، [فإن انتهت وإلا هجرها، فإن انتهت وإلا ضربها][3]، فإن انتهت وإلا رفع أمرها إلى السلطان، فيبعث حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها، وأيهما كان أظلم رده إلى السلطان وأخذ فوق يده كالعنين والمجبوب؛ فالحاكم هو الذي يتولى النظر في ذلك والفصل بينهما.

ولو ادَّعى النشوز، وادعت هي ظلمه وتقصيره في حقوقها؛ يفعل الحاكم ما يتفقان عليه من الجمع والتفريق، وليس لهما أن يجمعا ولا أن يفرقا بغير أمرهما.

وزعم إسماعيل المالكي: أن أبا حنيفة وأصحابه لم يعرفوا أمر الحكمين، قال الشيخ أبو بكر: لقد كذَبَ عليهم، والأولى بالإنسان حفظ اللسان، وأمْرُ الحكمين في الشقاق منصوصٌ عليه[4].

وقال علي رضي الله عنه للزوج لما قال أما الفرقة فلا "قد كذبت، والله [لا تنفلت مني][5] حتى تُقِرَّ كما أقرَّتْ"؛ فأخبر [عليٌّ: أن الحكمين][6] إنما يكون قولهما برضى الزوجين. وقولهما برضا الزوجين، وتحكيم الحكم في الخصومة جائز

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٢٤٤). (٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) أحكام القرآن للجصاص (٣/ ١٥١).
(٥) ما بين المعقوفتين زيادة من أحكام القرآن للجصاص.
(٦) ما بين المعقوفتين زيادة من أحكام القرآن للجصاص.

....

بين الخصمين كالتوكيل[١].

قال إسماعيل: والوكيل لا يسمى حكمًا.

وليس كما ظن، وتسمية الوكيل فيه حكمًا لتأكيد الوكالة لقبول قولهما عليهما كالحاكم.

وزعم أن عليًّا إنما أنكر على الزوج لعدم رضاه بكتاب الله ولم يأخذه بالتوكيل، إنما [أخذه][٢] بعدم الرضا بالكتاب.

وليس كما زعم؛ لأنه قال: أما الفرقة فلا[٣]، فقال رضي الله عنه: كذبتَ؛ -أي: أخطأتَ- بل تُقرُّ كما أقرَّتْ، فأنكر عليه ترك التوكيل بالفرقة إذا رأياها؛[٤] فعدم الرضا بكتاب [الله][٥] كفر، والحكمان يمضيان أمر الزوجين، وأنهما إذا قصدا الحق وفقهما الله للصواب؛ إذْ هما موكلان للجمع والتفريق؛ فعليهما الاجتهاد في طلب الخير لهما[٦].

وكل ما ورد عن السلف أن فعل الحكمين جائز عليهما؛ فهو محمول على رضاهما؛ إذْ لم يقولوا: إنه جائز بغير رضا الزوجين، وهذا لأنه غير جائز لهما أن يطلقا امرأة الغير بغير إذنه، ولا أن يدفعا مالها إلى غيرها وتملكاه منه بغير رضاها بخلاف قضاء دينه إذ امتنع منه؛ لأن ذلك إيصال الحق إلى مستحقه ولا حقَّ للزوج في مالها؛ قال تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة ٢٢٩] أباح أن تفتدي بما شاءت وأحلَّ للزوج ذلك؛ فإباحة ذلك للحكمين بغير رضاهما

---

(١) أحكام القرآن للجصاص (٣/ ١٥٢) وقال فيه: الحكمين في شقاق الزوجين ليس يغادر أمرهما من معنى الوكالة شيئا وتحكيم الحكم في الخصومة بين رجلين يشبه حكم الحاكم من وجه ويشبه الوكالة من وجه.

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٣) أي: الزوج.

(٤) وما قال الرجل لا أرضى بكتاب الله حتى ينكر عليه، وإنما قال لا أرضى بالفرقة بعد رضى المرأة بالتحكيم.

(٥) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٦) أحكام القرآن للجصاص (٣/ ١٥٣).

....

مخالفٌ للكتاب؛ قال تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ﴾ [النساء ٢٩] وقال عليه السلام: «**لا يَحِلُّ مالُ امرئٍ مُسلِمٍ إلا بطيبٍ من نفسهِ**»(١) فهذا حكم الكتاب والسنة وإجماع الأمة(٢).

والحكمان إنما بُعثا للصلح وأن يشهدا على الظالم منهما، وينكرا عليه ظلمه، فإذا لم يقبل، أعلما الحاكم بذلك ليدفع ظلمه، فالحكمان شاهدان في حال، ويصلحان في حال إذا فوض إليهما، وقول من قال: إنهما يفرّقان ويخلعان من غير توكيل تعسف خارج عن حكم الكتاب والسنة(٣).

وفي البسيط: في العدد تردد، والعدالة لابدَّ منهما فيهما.

وفي المغني: بشرط أن يكونا مأمونين وذلك برضا الزوجين، وتوكيلهما في التفريق والجمع. وفي رواية كقول مالك(٤).

فإن غابا أو أحدهما بعد بعث الحكمين؛ جاز لهما إمضاء رأيهما إن قلنا: هما وكيلان، وإن قلنا: هما حاكمان؛ لم يجز القضاء للغائب.

وإن جنَّ أحدهما؛ بطل توكيله(٥).

وكذا إن كان حاكمًا؛ لأن بقاء الشقاق بينهما شرط عند الحكم(٦).

ولو اختلفا في قدر العوض؛ القول لها عندنا وأحمد، وقال الشافعي: يتحالفان(٧).

---

(١) أخرجه أبو يعلى (٣/ ١٤٠، برقم١٥٧٠) من حديث أبي حرة الرقاشي، عن عمه مرفوعا؛ قال الهيثمي: أبو حرة وثقه أبو داود، وضعفه ابن معين. مجمع الزوائد (٤/ ١٧٢).

(٢) أحكام القرآن للجصاص (٣/ ١٥٤).

(٣) أحكام القرآن للجصاص (٣/ ١٥٥).

(٤) المغني لابن قدامة (٧/ ٣٢٠).

(٥) المغني لابن قدامة (٧/ ٣٢١).

(٦) المغني لابن قدامة (٧/ ٣٢٢).

(٧) المغني لابن قدامة (٧/ ٣٦٠).

بَابُ الظِّهَارِ

باب الظهار

[٤٧٣/أ] لمّا شرع في بيان التحريمات عقب الظهار؛ لما أن الخلع بناء على النشوز؛ فكذا الظهار يقع عند النشوز غالبًا، وقد نزلت آية الظهار في خولة كما تجيء و[هي][١] عند النشوز، أو باعتبار أن في الظهار تحريم بدون الانقطاع، وفي الخلع تحريم بانقطاع الزوجية فكان أكمل؛ فقدم.

ثم الظهار لغة: مصدر ظاهَرَ يظاهرُ ظِهارًا، وفي الصحاح والمغرب يقال: ظاهَر امرأته وتظاهر وأظهر واظَّاهر وتظهَّر وظهَرَ؛ كل ذلك قول الرجل امرأته: أنتِ عليَّ كظهر أمي[٢].

والظهر في قوله عليه السلام: «**لا صدقة إلا عن ظهر غنى**»[٣] مقحم كما في ظهر القلب وظهر الغيب، وَظَاهَرَهُ: إذا أعانه، وَظَاهَرَ بين ثوبين: إذا لبس أحدهما فوق الآخر[٤].

وعدى بـ"من" وإن كان "ظاهر" متعديًا؛ لأنهم إذا ظاهروها تباعدوا منها كما في الإيلاء[٥].

وفي المحيط والمنافع: الظهار لغة: مقابلة الظهر بالظهر، والرجل والمرأة إذا كان بينهما شحناء يدير كل واحد ظهره إلى الآخر[٦].

وفي مبسوط الطوسي: سُمِّي ظهارا؛ اشتقاقًا من الظهر، وخصَّ به دون البطن والفرج والفخذ؛ لأن كل دابة يركب ظهرها، فلما كانت الزوجة تُركب وتُغشى شبهت بذلك؛ والمعنى: ركوبكِ عليَّ محرم كركوب ظهر أمي[٧].

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) الصحاح تاج اللغة (٢/ ٧٣٢)، المغرب في ترتيب المعرب للمُطَرِّزيّ (ص٣٠٠).
(٣) ذكره البخاري بلفظه معلقا (٤/ ٥)، وأخرجه من حديث أبي هريرة مرفوعا (٢/ ١١٢، برقم ١٤٢٦) بلفظ: «خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى...» وأخرجه مسلم (٢/ ٧١٧، برقم ١٠٣٤).
(٤) المغرب في ترتيب المعرب للمُطَرِّزيّ (ص٣٠٠).
(٥) جامع الأصول لابن الأثير (٧/ ٦٤٣).
(٦) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢).
(٧) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٥٣١).

(وَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ لِامرَأَتِهِ: أَنتِ عَلَيَّ كَظَهرِ أُمِّي فَقَد حَرُمَتْ عَلَيهِ، لَا يَحِلُّ لَهُ وَطؤُهَا وَلَا مَسُّهَا وَلَا تَقبِيلُهَا حَتَّى يُكَفِّرَ عَن ظِهَارِهِ) لِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن

وفي جامع الأصول: أنهم أرادوا أنتِ عليَّ كبطن أمي؛ يعني: عليَّ بجماعها؛ فكنوا عن البطن بالظَّهر[1]؛ لأنه عمود البطن، وللمجاورة.

قيل: إن إتيان المرأة من ظهرها كان محرمًا عندهم؛ فيقصد مطلق التغليظ في تحريم امرأته تشبيهًا بالظهر، ثم لم يقنع بذلك حتى يجعلها كظهر أمه[2].

وشريعة: تشبيه المنكوحة امرأة محرمة على التأبيد[3] بنسب أو صهرية أو رضاعٍ. وبه قال: الشافعي في قول، ومالك، وأحمد.

وقال الشافعي في القول القديم: يقتصر على التشبيه بالأم، وفي قول يلحق بها الجدة.

وقيل: بقوله "اتفاقًا" احترازًا عن قوله لامرأته: أنتِ عليَّ كظهر فلانة وهي أمُّ المَزْنِيِّ بها؛ فإنه لا يكون مظاهرًا؛ لأن الحرام لا يحرم الحلال عند بعض الفقهاء. كذا في شرح الطحاوي.

وركنه: قوله: أنتِ عليَّ كظهر أمي أو ما يقوم مقامه في إفادة معناه.

وشرطه: أن يكون المُشَبَّهُ منكوحته حتى لا يصح ظهار من أمته. وبه قال الشافعي وأحمد. وقال والثوري: يصح الظهار من كل أمة.

وأهله: هو من أهل الكفارة حتى لا يصح ظهار الذمي عندنا. وبه قال مالك. وعند الشافعي وأحمد: يصح ظهاره.

ولا يصح ظهار الصبي بالإجماع.

وحكمه: حرمة الوطء والدواعي مع بقاء أصل الملك إلى غاية الكفارة كما في حالة الحيض.

قوله: **(إذا قَالَ الرَّجُلُ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي)** إلى آخره في

---

(١) في الأصل: (عن الظهر بالبطن) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٢) جامع الأصول لابن الأثير (٧/ ٦٤٣).
(٣) في الأصل: (التأديب) وما أثبتناه من النسخة الثانية.

نِّسَآبِهِمْ﴾ [المجادلة: ٣] إلى أن قال: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾ [المجادلة: ٣].
وَالظِّهَارُ كَانَ طَلَاقًا فِي الجَاهِلِيَّةِ، فَقَرَّرَ الشَّرعُ أَصلَهُ، وَنَقَلَ حُكمَهُ إِلَى تَحرِيمٍ مُؤَقَّتٍ بِالكَفَّارَةِ غَيرِ مُزِيلٍ لِلنِّكَاحِ، ....

المبسوط: (**الظهار كان طلاقًا في الجاهلية فقرر الشرع أصله ونقل حكمه إلى تحريم مؤقت بالكفارة**) من غير أن يكون مزيلًا للملك، ولا خلاف فيه لأحد من العلماء، الأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآبِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾ [المجادلة ٣] أي يتجامعا، وسبب نزولها: قصة خولة بنت مالك بن ثعلبة، وفي رواية: خويلة، فإنها قالت: كنت تحت أوس بن الصامت بن قيس، فجئت رسول الله صلى الله عيه وسلم أشكو إليه، ورسول الله ﷺ يجادلني فيه ويقول: «**اتقِ الله فإنه ابنُ عمكِ**» فما برحت حتى نزلت: ﴿قَدْ سَمِعَ ٱللَّهُ﴾ [المجادلة ١] ثم قال لها رسول الله: «**مُريه فليعتق رقبة**» فقلت: لا يجد ذلك يا رسول الله، فقال: «**مريه أن يصوم شهرين**» فقلت: هو شيخ كبير لا يطيق الصوم، فقال: «**مريه فليطعم ستين مسكينًا**» فقلت: ما عنده شيء يا رسول الله، فقال: «**أنا سأعينه بِعَرَقٍ**» فقلت: وأنا أعينه بعَرَقٍ أيضًا، فقال: «**أحسنتِ اذهبي وأطعمي بها ستين مسكينًا وارجعي إلى ابن عمك**»[(١)] والعَرَقُ: ستون صاعًا بما رواه أحمد وأبو داود[(٢)].

وقيل: العَرق -بفتح العين والراء المهملتين- مَكيل يسع ثلاثين صاعًا، وقال أبو داود: وهذا أصح[(٣)].

روى ابن ماجة أنها تشتكي زوجها إلى رسول الله ﷺ وتقول يا رسول الله: أكل شبابي ونثرت له بطني -أي: ولدت له أولادًا- حتى إذا كبِرَتْ سني وانقطع ولدي ظاهرَ مني، فنزل جبريل عليه السلام بهذه الآيات[(٤)].

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢٢٤).
(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٦٦، برقم ٢٢١٤)، وأحمد (٦/ ٤١٠، برقم ٢٧٣٦٠).
(٣) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٦٦، برقم ٢٢١٥).
(٤) أخرجه ابن ماجه (١/ ٦٦٦، برقم ٢٠٦٣)، والحاكم (٢/ ٥٢٣، برقم ٣٧٩١) من حديث أمنا عائشة.

وَهَذَا لِأَنَّهُ جِنَايَةٌ، لِكَونِهِ مُنكَرًا مِن القَولِ وَزُورًا فَيُنَاسِبُ المُجَازَاةَ عَلَيهَا بِالحُرمَةِ، وَارتِفَاعُهَا بِالكَفَّارَةِ . ...

(وهذا)؛ أي: كون الظهار تحريم مؤقت إلى الكفارة؛ (لأنه) أي؛ لأن الظهار (جناية) قال الله تعالى: ﴿مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا﴾؛ حيث شبه مَن هي في أقصى غايات الحل بمن هي في أقصى غايات الحرمة، فجعل الشرع موجبه حرمة الاستمتاع جزاء على جنايته.

[٤٧٣/ب] (وارتفاعها)؛ أي: ارتفاع الجناية (بالكفارة) قال تعالى: ﴿إِنَّ ٱلْحَسَنَٰتِ يُذْهِبْنَ ٱلسَّيِّـَٔاتِ﴾ [هود ١١٤]، وقال عليه السلام: «**أتبع السيئةَ الحسنةَ تمحُها**»(١).

وفي المنافع: الكفارة تجب بالظهار والعود؛ لأن الظهار منكر من القول وزور فهو كبيرة محضة فلا تصلح سببًا للكفارة؛ لأنها عبادة أو المغلَّبُ فيها معنى العبادة فلا يكون سببُها محظورًا محضًا، فعلق وجوبها بهما ليخف معنى الحرمة باعتبار العود الذي هو إمساك بالمعروف بعد الظهار، وهكذا في الينابيع والحواشي(٢).

وفي المحيط: سبب وجوبها العزم على الوطء، والظهار شرط قبل الحكم يتكرر بتكرر سببه لا شرطه، وهاهنا الأمر على العكس؛ فإن الكفارة تتكرر بتكرر الظهار دون تكرر العزم على الوطء(٣).

وفي المبسوط: وبمجرد العزم على الوطء لا تتقرر الكفارة عندنا، حتى لو أبانها بعد هذا أو ماتت؛ لا تجب الكفارة، وهذا دليلٌ على أن الكفارة غير واجبة لا بالظهار ولا بالعود؛ إذْ لو وجبت لما سقطت، بل موجبه الظهار ثبوت التحريم، فإذا أراد رفعه لابدَّ من الكفارة، حتى لو لم يرد ذلك ولم يطلب المرأة؛ لا تجب عليه الكفارة أصلًا(٤).

(١) أخرجه الترمذي (٣/ ٤٢٣، برقم ١٩٨٧) والحاكم (١/ ١٢١، برقم ١٧٨) وصححه. من حديث أبي ذر مرفوعا.
(٢) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٥٣٣).
(٣) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٣٣).
(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢٢٥).

....

قال أبو بكر الرازي في أحكام القرآن: يقال له: إذا أردت أن تستبيح وطئها الذي حرمته على نفسك فلا تطأها حتى تُكَفِّرَ، فقلنا[١]إن الظهار لا يوجب الكفارة بل يوجب تحريمَ وطئِها، حتى لو لم يُرد وطئها أو بانت أو ماتت؛ فلا كفارة عليه[٢].

وفي الينابيع: رضي أن تكون محرَّمة ولا يعزم على وطئها؛ لا تجب الكفارة، ولو عزم ثم ترك؛ لا تجبُ أيضًا، فعلم أن الكفارة لا تجبُ بمجرد الظهار. وهو قول مالك وأحمد في الصحيح، وفي قولٍ عنده: تجب بنفس الظهار[٣].

واختلف أهل العلم في العود المذكور في قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ﴾ [المجادلة٣] فعندنا: هو العزم على إباحة الوطء.

والثاني: قال مالك: إرادة الوطء. في رواية أشهب.

والثالث: إرادة الوطء مع استدامة العصمة، فإن أجمع على الوطء دون استدامة العصمة؛ لم تجب الكفارة.

وإن استدام العصمة ولم يجمع على الوطء؛ لم تجب الكفارة، ولو كَفَّرَ لا يجزئه، وهو قولُ مالك. وعندنا: يجزئه. وفي مختصر شرح الكرخي: لو بانت منه بالطلاق أو تزوَّجت بغيره وكَفَّر؛ صحَّ التكفير.

والرابع: العود الوطء نفسه. رواه عبد الوهاب عن مالك؛ فعلى هذا لا يجزئه التكفير قبل الوطء.

والخامس: أن يسكت عن طلاقها عقيب الظهار في زمان يمكنه طلاقها. وبه قال الشافعي وأصحابه، وبعض الظاهرية.

والسادس: العود أن يعود فيتكلم بالظهار مرة ثانية ولا يجب عليه بالأول شيء. وهو قول داود الظاهري.

---

(١) قال: (قد ثبت بما قدمنا أن الظهار...)
(٢) أحكام القرآن للجصاص (٥/ ٣٠٧).
(٣) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٥٣٣).

....

والسابع: الكفارة تجب بنفس الظهار ولا اعتبار، وبه قال مجاهد وغيره.

والثامن: العود وهو الوطء بنفسه لكن تقدم الكفارة عليه، وهو قول ابن القاسم.

والتاسع: قال ابن قتيبة: العود في الإسلام لا نفس القول بالظهار الذي كانوا يظاهرون به في الجاهلية ويعدّونه طلاقًا.

قال ابن شداد: العود إلى عادتهم في الجاهلية في تعاطي الظهار وهو قول الثوري.

وقال ابن بطال في رد قول الشافعي: أن الكفارة شرعت لدفع الحرمة، والإمساك عن طلاقها ليس بجناية، وإيجاب التكفير يشعرُ بالجناية ورفعها.

قال أبو بكر الرازي: الظهار لم يُوجب تحريم العقد والإمساك حتى يكون العود إمساكها والبقاء على النكاح[1].

ولأن "ثم" للتراخي، ومن جعل العود الإمساك عن طلاقها عقيب الظهار فد ترك حكم "ثم".

ولأن إمساكها لو كان عودًا لوجبت الكفارة في الظهار المؤقت.

قوله: (حَرُم بدواعيه)، وبه قال الزهري والأوزاعي والنخعي ومالك والشافعي في أحد قولَيْه وأحمد في رواية.

وقال الشافعي في قول: لا تحرُم الدواعي، وبه قال أحمد في رواية؛ لأن التحريم عرف بقوله تعالى: ﴿مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ [المجادلة ٣] والتماس في القرآن كناية عن الجماع.

وقلنا: إنه حقيقة للمس باليد، والحقيقة حقيق بأن تُراد.

ولأن الحرمة تثبت بموجب التشبيه بالأم، والأم حرام الاستمتاع مسًّا وجِماعًا، فكذا المرأة.

(١) أحكام القرآن للجصاص (٥/ ٣٠٥).

ثُمَّ الوَطءُ إذَا حَرُمَ حَرُمَ بِدَوَاعِيهِ كَي لَا يَقَعَ فِيهِ كَمَا فِي الإِحرَامِ، بِخِلَافِ الحَائِضِ وَالصَّائِمِ لِأَنَّهُ يَكثُرُ وُجُودُهُمَا، فَلَو حَرُمَ الدَّوَاعِي يُفضِي إلَى الحَرَجِ وَلَا كَذَلِكَ الظِّهَارُ وَالإِحرَامُ.

(فَإِن وَطِئَهَا قَبلَ أَن يُكَفِّرَ استَغفَرَ اللَّهَ تَعَالَى وَلَا شَيءَ عَلَيهِ غَيرَ الكَفَّارَةِ الأُولَى

ولأن الأصل أن (**الوطء إذا حَرُم، حَرُم بدواعيه كي لا يقع فيه كما في الإحرام بخلاف الحائض**)[1] والصائم؛ لأنه يكثر وجودهما [فلو حَرُم الدواعي يفضي إلى الحرج) وهو مدفوع بالنص.

ولا يقال: لما كثر وجودهما][2] كانا أدعى [٤٧٤/أ] إلى شرع الزاجر من الظهار فلم انعكس الأمر؟

لأنا نقول: كما أن أوقات الحيض والصوم أكثر دورًا؛ كذلك أوقات الطهر والإفطار أيضًا أكثر دورًا، فلما كثر أوقاتهما كان الجماع موجودًا فيهما ظاهرًا فيوجب ذلك فتور رغبته في الجماع، فلا يليق به إيجاب الزاجر؛ لأن إيجابه لمنع وجود الجماع وفتور الرغبة بمنعه عنه، فلا يحتاج إلى إيجاب الزاجر.

قوله: (استَغْفَرَ الله تعالى ولا شيء عليه غير الكفارة الأولى)؛ يعني: لا شيء عليه غير ما يجب في قصد حلها الوطء إذا أراد وطئها بعد هذا، وهو قول الجمهور ومالك وأحمد والشافعي.

وقال عمرو بن العاص وقبيصة بن ذؤيب وابن جبير والزهري وقتادة: تجب كفارتان.

وقال الحسن البصري والنخعي: تجب ثلاث كفارات.

لنا: حديث ابن عباس أن رجلًا أتى النبي ﷺ وقد ظاهر من امرأته وقال: وقعت عليها قبل أن أُكَفِّرَ، قال: «ما حملكَ على ذلك»؟ قال: رأيتُ خلخالها في ضوء القمر، قال: «فلا تقرَبْها حتى تفعلَ ما آمرُكَ» رواه أبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه[3].

---

(١) في الأصل: (كما في الحائض بخلاف الإحرام) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) سبق تخريجه.

وَلَا يَعُودُ حَتَّى يُكَفِّرَ) لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِلَّذِي وَاقَعَ فِي ظِهَارِهِ قَبلَ الكَفَّارَةِ: «استَغفِرِ اللَّهَ وَلَا تَعُد حَتَّى تُكَفِّرَ» وَلَو كَانَ شَيءٌ آخَرُ وَاجِبًا لَنَبَّهَ عَلَيهِ. قَالَ: (وَهَذَا اللَّفظُ لَا يَكُونُ إِلَّا ظِهَارًا) لِأَنَّهُ صَرِيحٌ فِيهِ (وَلَو نَوَى بِهِ الطَّلَاقَ لَا يَصِحُّ) لِأَنَّهُ مَنسُوخٌ فَلَا يَتَمَكَّنُ مِن الإِتيَانِ بِهِ (وَإِذَا قَالَ: أَنتِ عَلَيَّ كَبَطنِ أُمِّي أَو كَفَخذِهَا أَو كَفَرجِهَا فَهُوَ مُظَاهِرٌ) لِأَنَّ الظِّهَارَ لَيسَ إِلَّا تَشبِيهُ المُحَلَّلَةِ بِالمُحَرَّمَةِ، وَهَذَا المَعنَى يَتَحَقَّقُ فِي عُضوٍ لَا يَجُوزُ النَّظَرُ إِلَيهِ (وَكَذَا إِذَا شَبَّهَهَا بِمَن لَا يَحِلُّ لَهُ النَّظَرُ إِلَيهَا عَلَى

وفي الكشاف: هو سلمة بن صخر البياضي من بني بياضة[١]. رواه أبو داود وأحمد وابن ماجه والترمذي أيضًا.

وفي رواياتهم: قال له عليه السلام: «**حرر رقبة**»، قال سلمة: والذي بعثك بالحق ما أملك رقبة غيرها وضرب صفحة رقبته، فقال عليه السلام: «**صم شهرين متتابعين**»[٢] إلى آخر ما ذكر في كفارة الصوم.

قوله: (**وهذا اللفظ**)؛ أي قوله: أنتِ عليَّ كظهر أمي (**لا يكون إلا ظهارًا؛ لأنه صريح**) في الظهار (**ولو نوى به الطلاق**) أو الإيلاء أو لم ينو شيئاً؛ يكون ظهارًا؛ لأنه لو ثبت به غيره لبطل حكم النص.

ولأن الطلاق من ذلك اللفظ (**منسوخ فلا يتمكّن من الإتيان به**)؛ لأنه تغيير موضوع الشرع وليس إلى العبد ذلك.

قوله: (**ليس إلا تشبيه المحلَّلة بالمحرمة**) اللام فيهما للعهد؛ أي: المحلَّلة نكاحًا والمحرَّمة تأبيدًا لا توقيتًا.

قوله: (**في عُضو لا يجوز النظر إليه**) احترازًا عن التشبيه باليد والرجل والشعر والظفر؛ لأنه يحل النظر إليه والمس؛ فلا يكون مظاهرًا. كذا في المبسوط[٣].

---

(١) تفسير الزمخشري (٤/ ٤٨٨).

(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٦٥، ٢٢١٣)، والترمذي (٢/ ٤٩٥، برقم ١٢٠٠) وحسنه،، وابن ماجه (١/ ٦٦٥، برقم ٢٠٦٢)، والحاكم (٢/ ٢٢١، برقم ٢٨١٥) وصححه على شرط مسلم.

(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢٢٧).

التَّأبِيدِ مِن مَحَارِمِهِ، مِثلِ أُختِهِ أَو عَمَّتِهِ أَو أُمِّهِ مِن الرَّضَاعَةِ) لِأَنَّهُنَّ فِي التَّحرِيمِ المُؤَبَّدِ كَالأُمِّ (وَكَذَلِكَ إذَا قَالَ: رَأسُكِ عَلَيَّ كَظَهرِ أُمِّي أَو فَرجُكِ أَو وَجهُكِ أَو رَقَبَتُكِ أَو نِصفُكِ أَو ثُلُثُكِ أَو بَدَنُكِ) لِأَنَّهُ يُعَبَّرُ بِهَا عَن جَمِيعِ البَدَنِ، وَيَثبُتُ الحُكمُ فِي الشَّائِعِ ثُمَّ يَتَعَدَّى كَمَا بَيَّنَّاهُ فِي الطَّلَاقِ (وَلَو قَالَ: أَنتِ عَلَيَّ مِثلُ أُمِّي أَو كَأُمِّي يَرجِعُ إلَى نِيَّتِهِ) لِيَنكَشِفَ حُكمُهُ (فَإِن قَالَ: أَرَدتُ الكَرَامَةَ فَهُوَ كَمَا قَالَ) لِأَنَّ التَّكرِيمَ

وقالت الظاهرية: يختص الظهار بظهر الأم.

وقال الشافعي ومالك وأحمد: لو قال: أنتِ عليَّ كيدِ أمّي أو كرجلِها أو كرأسِها أو كعنقِها أو كعُضدِها؛ يكون مظاهرًا أيضًا كما في الظهر للتلذذ بها، فلو قال: كشعرِها أو سنها أو ظفرِها لا يكون مظاهرًا لعدم التلذذ بها.

والضابط عندنا: كل جزء لا يجوز النظر والمس فيه؛ لا يكون مظاهرًا بالتشبيه بها؛ كما قلنا من المبسوط.

وقال الماوردي: قال أبو حنيفة: ما يجيء بعد فقدها لا يصير مظاهرًا به، وما لا يجيء بفقده يكون مظاهرًا بالتشبيه به.

وفي نقله ذلك الضابط عن أبي حنيفة غلط، فإن بعد زوال الرأس لا يجيء قطعا، وقد ذكرنا أنه لا يصيرُ به مظاهرًا، وبقطع فخذها جاز أن يجيء ويصيرُ به مظاهرًا. بل الأصل ما ذكر في المتن.

قوله: (في التحريم المؤبد كالأم)، وقد ذكرنا الخلاف فيه كما بينا في الطلاق؛ وهو: أن كل عُضو يُعَبَّر به عن جميع البدن [يقع به الطلاق؛ فكذا في الظاهر، وقد بينا فيه خلاف العلماء؛ وكذا في الظهار.

في المبسوط: لو قال: جنبك أو ظهرك عليَّ كظهر أمي؛ لم يكن مظاهرا؛ لأن هذا العضو لا يعبر عن جميع البدن] عادة.

وكذا لو قال: بطنكِ أو فخذكِ أو يدكِ أو رجلكِ؛ لا يكون مظاهرًا عندنا خلافًا للأئمة الثلاثة؛ لأن هذه الأعضاء لا تعبر عن الكل ظاهرًا(١).

(يرجع إلى نيته)، وبه قال الشافعي؛ لأنه يحتمل وجوهًا من التشبيه.

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ٢٢٨).

بِالتَّشْبِيهِ فَاشٍ فِي الكَلَامِ (وَإِن قَالَ: أَرَدت الظِّهَارَ فَهُوَ ظِهَارٌ) لِأَنَّهُ تَشبِيهٌ بِجَمِيعِهَا، وَفِيهِ تَشبِيهٌ بِالعُضوِ لَكِنَّهُ لَيسَ بِصَرِيح فَيَفتَقِرُ إِلَى النِّيَّةِ (وَإِن قَالَ: أَرَدتُ الطَّلَاقَ فَهُوَ طَلَاقٌ بَائِنٌ) لِأَنَّهُ تَشبِيهٌ بِالأُمِّ فِي الحُرمَةِ فَكَأَنَّهُ قَالَ: أَنتِ عَلَيَّ حَرَامٌ وَنَوَى الطَّلَاقَ، (وَإِن لَم تَكُن لَهُ نِيَّةٌ فَلَيسَ بِشَيء) عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، لِاحتِمَالِ الحَملِ عَلَى الكَرَامَةِ(*). وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَكُونُ ظِهَارًا، لِأَنَّ التَّشبِيهَ بِعُضو مِنهَا لَمَّا كَانَ ظِهَارًا فَالتَّشبِيهُ بِجَمِيعِهَا أَولَى. وَإِن عَنَى بِهِ التَّحرِيمَ لَا غَيرُ؛ فَعِندَ أَبِي يُوسُفَ: هُوَ إِيلَاءٌ

(وإن لم تكن [له][(١)] نية؛ فليس بشيءٍ عند أبي حنيفة وأبي يوسف) وبه قال أصحاب الشافعي في وجه؛ لأنه مجمل ولم يبين.

وفي قول محمد [ظهار][(٢)] وبه قال أصحابه في وجه آخر، ومالك وأحمد.

وفي المبسوط: لم يذكر قول أبي يوسف، وعنه روايتان أحدهما كقول محمد فإنه قال في الأمالي: إذا كان هذا في حالة الغضب وقال: نويت به البر؛ لم يصدق في القضاء وهو ظهار.

وعن أبي يوسف: أنه إيلاء؛ لأن الأم محرمة عليه، فكان قوله: أنت عليَّ كأمي؛ بمنزلة قوله: أنت عليَّ حرام، وقد قلنا في هذا: أنه إذا لم ينو شيئاً يكون إيلاء[(٣)].

وبنحو هذا يحتج محمد؛ إلا أنه يقولُ: هو ظهار لوجود كاف الخطاب في كلامه وهو حرف التشبيه يختص بالظهار، ومتى أراد البر يقول: أنتِ عندي كأمي، ولا يقول [٤٧٤/ب] "عليَّ"، إلا أنه إذا نوى البر أقمنا حرف "على" مقام "عند" تصحيحًا لنيته، فإن لم ينو؛ بقي محمولًا على حقيقته فكان ظهارًا.

وأبو حنيفة يقول: كاف التشبيه لا تقتضي العموم فاقتضى المشابهة في وصف خاص، وذا يحتمل التشبيه في التحريم أو في معنى البر والكرامة وهو معهود بين الناس؛ فلا يثبت الظهار بالشك، مع أن الترجيح للبر والكرامة؛ لأن

(*) الراجح: قول الشيخين.

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٣) في الأصل: (لم يكن إيلاء) وما أثبتناه من النسخة الثانية.

لِيَكُونَ الثَّابِتُ بِهِ أَدنَى الحُرمَتَينِ.

وَعِندَ مُحَمَّد: ظِهَارٌ لِأَنَّ كَافَ التَّشبِيهِ تَختَصُّ بِهِ.

كلام العاقل متي أمكن حمله على وجه صحيح يحلّ شرعًا لا يحمل على ما يحرم شرعًا، والظهار منكر وزور فلا يحمل عليه؛ لأنه مُسيء[(١)].

وألحق في الجامع الصغير قوله: مثل أمي؛ بقوله: كأمي.

وقول محمد: كاف التشبيه يختص بالظهار؛ قلنا: لو كان لا يحتاج إلى النية.

قوله: (الثابت به أدنى الحرمتين)؛ لأن حُرمة الإيلاء أدنى من حرمة الظهار سببًا وحكمًا وزاجرًا.

أما السبب: فإن الظهار منكر من القول وزور، وسبب حرمة الإيلاء: اليمين واليمين مباح.

وأما الحكم: فإن حرمة الظهار أغلظ حتى كانت كفارته عتق رقبة أو إطعام ستين مسكينًا، وكفارة الإيلاء: إطعام عشرة مساكين.

ولأن في حرمة الإيلاء ممكن بالوطء قبل الكفارة، وفي الظهار لا يحل وطئها ما لم يُكَفِّر.

ولأن حرمة الظهار باقية بعد التطليقات الثلاث دون [الإيلاء][(٢)]، حتى لو ظاهر منها ثم طلقها ثلاثًا، ثم تزوَّج بأخرى، ثم عاد؛ يبقى الظهار حتى لا يحل وطئها بدون الكفارة. وفي الإيلاء: لا يعود في حق الطلاق.

ولأن المظاهر إذا امتنع عن التكفير يجبره القاضي على التكفير بالحبس والضرب، ولا كذلك الإيلاء.

وأما الزاجر: فظاهر وقد بيناه، ولكن ذكر في جامع قاضي خان: "ولو نوى [به][(٣)] التحريم" ذكر في بعض النسخ أنه إيلاء عند أبي حنيفة وأبي

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢٢٨).

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(وَلَو قَالَ: أَنتِ عَلَيَّ حَرَامٌ كَأُمِّي، وَنَوَى ظِهَارًا أَو طَلَاقًا، فَهُوَ عَلَى مَا نَوَى) لِأَنَّهُ يَحتَمِلُ الوَجهَينِ. الظِّهَارُ: لِمَكَانِ التَّشبِيهِ، وَالطَّلَاقُ: لِمَكَانِ التَّحرِيمِ، وَالتَّشبِيهُ تَأكِيدٌ لَهُ وَإِن لَم تَكُن لَهُ نِيَّةٌ، فَعَلَى قَولِ أَبِي يُوسُفَ إِيلَاءٌ، وَعَلَى قَولِ مُحَمَّد ظِهَارٌ، وَالوَجهَانِ بَيَّنَّاهُمَا (وَإِن قَالَ: أَنتِ عَلَيَّ حَرَامٌ كَظَهرِ أُمِّي، وَنَوَى بِهِ طَلَاقًا أَو إِيلَاء، لَم يَكُن إِلَّا ظِهَارًا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: هُوَ عَلَى مَا نَوَى)(*) لِأَنَّ التَّحرِيمَ يَحتَمِلُ كُلَّ ذَلِكَ عَلَى مَا بَيَّنَّا، غَيرَ أَنَّ عِندَ مُحَمَّد إِذَا نَوَى الطَّلَاقَ لَا يَكُونُ ظِهَارًا، وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ: يَكُونَانِ جَمِيعًا ....

يوسف، والأصح أنه ظهارٌ عند الكل؛ لأن التحريمَ المؤكد بالتشبيه ظهار[1].

وكذا ذكر التمرتاشي أنه ظهار مِن غير ذكر خلاف. وفي شرح المختار كون الثابت بالإيلاء أدنى الحرمتين بالإجماع.

قوله: (يحتمل الوجهين) لا غير؛ لتصريحه بالحرمة، بخلاف المسألة الأولى فإنه يحتمل الكرامة أيضًا.

قوله: (ونوى به طلاقًا أو إيلاء) وفي المبسوط: أو لم ينوِ شيئاً؛ فهو ظهار عند أبي حنيفة[2]، وبه قال أحمد والشافعي في قول.

وفي قول: إن نوى طلاقًا؛ كان طلاقًا، وهو قول أبو يوسف ومحمد -يكون-، غير أن عند أبي يوسف يكون طلاقًا وظهارًا إذا نوى الطلاق، وعند محمد لا يكون ظهارًا ويكون طلاقًا فقط.

قوله: (يكونان)؛ أي: الطلاق والظهار؛ لأن الطلاق بقوله: عليَّ حرام بنيته، والظهار بتشبيهها بالأم، ولا منافاة بينهما. ولكن هذا ضعيف؛ لأن الطلاق لما وقع بقوله "أنت عليَّ حرام" بنيته كان متكلمًا بلفظ الظهار [بعد ما بانت، والظهار بعد البينونة لا يصح.

فإن قيل: الطلاق مع الظهار][3] ثنتان؛ بـ"أنتِ عليَّ حرام".

(*) الراجح: قول محمد.

(١) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٥).

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢٢٩).

(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

وَقَد عُرِفَ مَوضِعُهُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ صَرِيحٌ فِي الظِّهَارِ فَلَا يُحتَمَلُ غَيرُهُ، ثُمَّ هُوَ مُحكَمٌ فَيُرَدُّ التَّحرِيمُ إِلَيهِ.

قَالَ: (وَلَا يَكُونُ الظِّهَارُ إِلَّا مِن الزَّوجَةِ، حَتَّى لَو ظَاهَرَ مِن أَمَتِهِ: لَم يَكُن مُظَاهِرًا) ....

قلنا: اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين. كذا في المبسوط[1].

وهذا معنى **قوله**: **(وقد عرف في موضعه)**؛ أي: في المبسوط.

وذكر في الفوائد الظهيرية: جواب أبي يوسف عن هذا؛ فقال: جاز أن يصح ظهار المبانة على قوله وكان هذا رواية منه.

ولأن هذا الكلام صريح في الظهار؛ ولهذا يثبت بلا نية فلا يصدَّق في إبطال حكم الظهار، ويصدَّق في إرادة الطلاق؛ لاعترافه به كما لو قال: زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم، فقال لأخرى: وعنيت هذه؛ يقعُ على المعروفة بالظهار، وعلى تلك بالنية. كذا في الكافي[2].

قوله: **(فلا يحتمل غيرُه)**؛ أي: غير الظهار؛ لأن معنى قوله "أنت عليَّ كظهر أمي": [أنت حرام كظهر أمي]؛ فيكونُ الحرام تفسيرًا للظهار، والشيء لا يتغير بتفسيره. كذا في مبسوط شيخ الإسلام[3].

قوله: **(ثم هو)**؛ أي: قوله "كظهر أمي" **(محكم)** الظهار، وقوله "أنتِ عليَّ حرام" محتمل؛ **(فيرد)** المحتمل على المحكم.

قوله: **(حتى لو ظاهر من أمته)** أو مدبَّرته أو أم ولده؛ **(لم يكن مظاهرًا)** وبه قال الشافعي، وأحمد، وجمع كثير من الصحابة والتابعين.

وعند مالك والثوري: يصح الظهار من كل أمة مباحة.

وقال ابن جبير وعكرمة وطاوس وقتادة والزهري: إن كان يطأها يكون مظاهرًا، وعند مالك: لم يشترط الوطء.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢٢٩).
(٢) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٥٣٩).
(٣) كذا في الأصل، وفي النسخة الثانية والثالثة (مبسوط فخر الإسلام).

لِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [المجادلة: ٣] وَلِأَنَّ الحِلَّ فِي الأَمَةِ تَابِعٌ فَلَا تُلحَقُ بِالمَنكُوحَةِ، وَلِأَنَّ الظِّهَارَ مَنقُولٌ عَنِ الطَّلَاقِ وَلَا طَلَاقَ فِي المَملُوكَةِ.

وقال عطاء: عليه نصف كفارة، وعن أحمد: عليه كفارة الظهار، وليس بمظاهر، والصحيح عليه كفارة يمين. ذكره في المغني(١).

لنا: (**قوله تعالى**: ﴿مِّن نِّسَآئِهِم﴾ [المجادلة: ٢]) والأمة ليست من نسائنا؛ ولهذا صحَّ أن يقال: إنها ليست بامرأته طلاقًا. ذكر ذلك خلق [كثير](٢) من العُلماء.

(**ولأن الحل في** [٤٧٥/أ] **الأمة تابع**) والتابع في حكم العدم؛ لأن المقصود منهُن الاستخدام، والحل غير مقصود، وذلك بملك اليمين؛ ولهذا شرع ملك اليمين بلا حِلٍّ كأخت الرضاع والأمة المجوسية.

ولو اشترى أمة فوجدها محرّمة عليه برضاع أو صِهريَّةٍ؛ لا يثبت له ولاية الرد بسبب الحرمة. ذكره في الفوائد الظهيرية(٣).

ولأنه لا حقَّ للإماء في الاستمتاع حتى ينعقد سببًا للتحريم جزاء على جناية التشبيه، فبقي على أصل القياس، وهو ألا يوجب التشبيه الذي هو كذبٌ إلا التوبة والاستغفار.

قوله: (**ولأن الظهار منقولٌ عن الطلاق**)؛ يعني: كان طلاقًا في الجاهلية فنقل حُكم الشرع إلى التحريم المؤقت بالكفارة كما ذكرنا، ذكره خلق كثيرٌ من الصحابة والعُلماء.

والأمة ليست بمحلٍّ للطلاق فلا تكونُ محلًّا للظهار أيضًا؛ ولهذا قلنا: لا يصح إيلاء الأمة؛ لأن الإيلاء طلاق مؤجل، وهي ليست بمحل للطلاق. كذا في المبسوط(٤).

فإن قيل: قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ [النساء ٢٣] وقد دخل في ذلك الإماء والحرائر بالإجماع.

---

(١) المغني لابن قدامة (١٢/٨).
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥٣٩/٥).
(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٢٨/٦).

(فَإِن تَزَوَّجَ امرَأَة بِغَيرِ أَمرِهَا، ثُمَّ ظَاهَرَ مِنهَا، ثُمَّ أَجَازَت النِّكَاحَ: فَالظِّهَارُ بَاطِلٌ) لِأَنَّهُ صَادِقٌ فِي التَّشبِيهِ وَقتَ التَّصَرُّفِ، فَلَم يَكُن مُنكَرا مِن القَولِ، وَالظِّهَارُ لَيسَ بِحَقٍّ مِن حُقُوقِهِ حَتَّى يَتَوَقَّفَ، بِخِلَافِ إعتَاقِ المُشتَرِي مِن الغَاصِبِ، لِأَنَّهُ مِن حُقُوقِ المِلكِ.

(وَمَن قَالَ لِنِسَائِهِ: أَنتُنَّ عَلَيَّ كَظَهرِ أُمِّي، كَانَ مُظَاهِرًا مِنهُنَّ جَمِيعًا) لِأَنَّهُ أَضَافَ الظِّهَارَ إلَيهِنَّ، فَصَارَ كَمَا إذَا أَضَافَ الطَّلَاقَ (وَعَلَيهِ لِكُلِّ وَاحِدَة، كَفَّارَةٌ) لِأَنَّ

قلنا: الإجماع ممنوعٌ، وأما الأمة الموطوءة حرام لا باعتبار أنها من أمهات نسائنا؛ بل باعتبار وطء البنت، ولا يمكن إلحاق الأمة بالنساء بدلالة النص؛ لما ذكرنا أن الحل يقين شائع إلى آخره؛ فلا يكون في معنى ما ورد به النص.

قوله: (فالظهار باطلٌ) وفيه خلاف مالك؛ بناء على جواز الظهار من الأجنبية؛ **(لأنه صادق في التشبيه)** لأنها محرمة قبل إجازتها، والظهار تشبيه المحلّلة بالمحرّمة.

(فلم يكن منكرًا)؛ أي: كذبًا محضًا.

وقوله: (والظهار ليس بحق) إلى آخره؛ جواب سؤال مقدَّر، وهو أن يقال: الظهار مبني على الملك، والملك موقوف هاهنا؛ فينبغي أن يكون الظهار موقوفًا.

فأجاب عنه وقال: الظهار ليس من حقوق النساء، والنكاحُ؛ لأن النكاح أمر مشروع والظهار منكر من القول، وبينهما تنافٍ؛ فلا يتوقف المحظور بتوقف المشروع.

(بخلاف إعتاق المشتري من الغاصب)؛ حيث يتوقف على إجازة المالك، فإن أجاز ينفذ؛ **(لأنه)**؛ أي: الإعتاق **(من حقُوق الملك)**؛ لأنه منه للملك، والملك والإعتاق كلاهما مشروعان.

(كان مظاهرًا منهن جميعًا) وهذا مما لا خلاف فيه، كما لو قال: أنتن طوالق.

(وعليه لكل واحدة كفارة) إذا قصد وطئها. وبه قال الشافعي في الجديد

الحُرمَةَ تَثبُتُ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدَة، وَالكَفَّارَةُ لِإنهَاءِ الحُرمَةِ فَتَتَعَدَّدُ بِتَعَدُّدِهَا، بِخِلَافِ الإِيلَاءِ مِنهُنَّ، لِأَنَّ الكَفَّارَةَ فِيهِ لِصِيَانَةِ حُرمَةِ الِاسمِ، وَلَم يَتَعَدَّد ذِكرُ الِاسمِ.

وهو قول الحسن والنخعي والزهري ويحيى بن سعيد الأنصاري والحكم والثوري.

وقال مالك وأحمد وأبو ثور وإسحاق: عليه كفارة واحدة. ورُوي ذلك عن عمر وعلي وعروة [وطاووس وعطاء وربيعة.

واعتبره باليمين بالله تعالى في الإيلاء، وقلنا: لما ثبتت الحرمة في حق كل واحدة منهن][1]؛ فلا يحل وطئها إلا بتقديم الكفارة لأنها لدفع الحرمة أو لانتهائها؛ فتتعدد بتعدد الحرمة، وارتفاع الحرمة عن البقية بتكفير واحدة معينة لقصد وطئها بعيد؛ لأنه وطئها فقط؛ فكيف ترتفع الحرمة عن البقية؟

وإن قالوا: وطئهن مع بقائهن على الحرمة.

فهذا لا يقول به أحد؛ فصار كما لو ظاهر منهن بكلماتٍ.

(**بخلاف الإيلاء**[2] **لأن الكفارة**) وجبت لهتك (**حُرمة**) اسم الله تعالى وهو لم يتعدد؛ إذْ (**لم يتعدد ذكر**) اسم الله.

وقولهم: "الظهار يمين مُكَفَّرَةٌ فلا تجب الكفارة كسائر الأيمان" فاسد؛ لأن الظهار منكر وزور وهو الكذب، والكفارة لإباحة الوطء لا للحنث، بخلاف اليمين؛ لأنه مباح والكفارة للحنث.

ولأنه لو كان يمينًا لكانت كفارته كفارة الأيمان؛ وهو: التخيير بين الخصال الثلاث والصوم عند العجز، وكفارة الظهار على خلافها.

ولأن كفارته لو كانت بالحنث لوجبت بالوطء قبل التكفير، وقد قال عليه السلام للذي وطئ قبله: «**لا تَعُدْ حتى تُكَفِّر**»[3] ولم يوجب عليه كفارة بالوطء على ما تقدم.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٢) في مطبوع المتن: بخلاف الإيلاء منهن.

(٣) سبق تخريجه: أخرجه أصحاب السنن، وحسنه الترمذي.

....

ولأن اليمين: بالله تعالى، أو بصفة من صفاته، أو بالتعليق بالشرط. ولم يوجد واحد منها.

ولأن الظهار لما تعدد يتضاعف جزاؤه؛ إذْ رفع المنكرات الأربع بكفارة كما في منكر واحد غير معقول.

مسائل تتعلق بهذا الباب

شبهها بظهر المحارم على التأبيد يثبت الظهار عندنا كما تقدم، وقد بينا الخلاف فيها.

ولا خلاف أن التشبيه بالأمتعة المحرمة والأموال لا يثبت الظهار؛ لأنه [٤٧٥/ب] قد يملكه.

وفي "كظهر أختي من لبن الفحل" و"كظهر امرأته الملاعنة"؛ لا يصير مظاهرًا، وكذا "كظهر مجوسية". ذكره في جوامع الفقه.

ولو شبهها بامرأة زنى أبوه أو ابنه، أو زنى هو بأمها أو بنتها؛ فهو مظاهر عندهما، خلافًا لمحمد؛ بناءً على نفاذ حكم الحاكم بحل نكاحها.

شبهها بامرأة قبَّل بنتها بشهوة أو مسَّها بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة؛ لا يصير مظاهرًا عند أبي حنيفة؛ إذْ حرمة الدواعي ليست منصوصًا عليها بخلاف الوطء.

وفي شرح القدروي: زنا أبوه بامرأة -أو ابنه- فشبهها بأمها أو ابنتها؛ يصير مظاهرًا عند أبي يوسف، ولا ينفذ عنده حكم الحاكم بحلها له، وعند محمد: لا يصيرُ مظاهرًا وينفذ حكم الحاكم[١].

شبهها بظهر أبيه أو قريبه أو بظهر أجنبي؛ لم يكن مظاهرًا.

ولو شبهها بفرج أبيه أو قريبه؛ قال في المحيط: ينبغي أن يكون مظاهرًا؛ إذْ فرجهما في الحرمة كفرج أمه.

(١) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/٤٢٨).

....

ولو شبهها بأخت امرأته أو عمتها أو خالتها أو بأجنبية؛ كان لها زوج أو لا؛ لا يصير مظاهرًا؛ لعدم تأبيد الحرمة[١].

وعند مالك: يصير مظاهرًا.

وعن أحمد: روايتان، وفي ظهر الأب والأجنبي والبهيمة والدم؛ له روايتان، والجمهور: على أنه لا يصيرُ مظاهرًا في ذلك كله. ذكره في المغني[٢].

ظهار الكافر لا يصح عندنا، وبه قال مالك.

وقال الشافعي وأحمد: يصح؛ كإيلائه، ولأن الظهار كان طلاقًا في الجاهلية فينتقل إلى غيره فيصح من المسلم والكافر، وهو رواية البرامكة عن أبي حنيفة والأولى رواية الأصل[٣].

لنا: قوله تعالى: ﴿يُظَٰهِرُونَ مِنكُم﴾ [المجادلة ٢] [والكافر][٤] ليس منا.

ثم قال: ﴿مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا﴾ وشرك الكافر وجحده لنبوة محمد -عليه السلام- أعظم من المنكر والزور؛ فلا فائدة في ترتيب الكفارة لمحو أثرها؛ [إذ لا تمحو الكفارة أثرها][٥] مع بقاء الشرك والجحد.

ثم قال: ﴿وَإِنَّ ٱللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ﴾ والكافر لا يتوجه عليه عفو وغفران؛ فلا يتوجه عليه مثل هذا الخطاب.

ولأن الكافر ليس من أهل الكفارة لا سيما عندكم؛ فإنه لا يملك رقبة مؤمنة، وحملتم المطلق على المقيد في الكفارة.

أما إيلاء الكافر؛ ممنوع على قولهما، والفرق لأبي حنيفة: أن للإيلاء حكمان: وجوب الكفارة ووقوع الطلاق بالبر؛ فصحَّ اعتبار الثاني في حقهم؛ لأنهم يعتقدون حرمة اسم الله تعالى فيصونونه من الهتك.

---

(١) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٢٨).
(٢) المغني لابن قدامة (٨/ ٦).
(٣) المغني لابن قدامة (٨/ ٤).
(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٥) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

....

ولا كذلك تحريم فإنه ليس بطلاق، ولا تحريم يرتفع بالكفارة؛ إذْ لا كفارة على الكافر؛ لأن فيها عبادة؛ ولهذا يشترط فيها النية؛ فلم تشرع في حق الكافر فيبقى تحريمًا مؤبَّدًا، وهو خلاف النص.

فإن قالوا: قيد الإيمان مَلغِي في حق المظاهر كما ألغي في قوله تعالى: ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾ [الأحزاب ٤٩] وحكم الكافرة كذلك.

قلنا: عرف الإلغاء هناك بالإجماع، ولا إجماع هاهنا.

ولأن عدم وجوب العدة في الطلاق قبل الدخول معقولٌ؛ إذ وجوبها لاختلاط الأنساب، ولا اختلاط قبل الدخول؛ فتستوي فيه المسلمة والكافرة بخلاف الظهار فإنه على خلاف القياس ورد في حق المسلم فلا يقاس عليه غيره.

وقال ابن قدامة: هي عبادة في المؤمن عقوبة في الكافر فلا يفتقر إلى النية فيصح من الكافر كالنية في الكنايات[(١)].

قلنا: هذا قياس بغير علة جامعة؛ إذْ نية الكفارة لتقع عبادة، ونية الكنايات لتخليص الطلاق من غيره حتى لو وُجدت مذاكرة يقع بها عنده وعند أحمد.

ولو قالت هي: أنتَ عليَّ كظهر أبي، أو قالت: أنا عليكَ كظهرِ أمِّكَ؛ لا يصح الظهار عندنا.

وفي المبسوط: عن أبي يوسف عليها كفارة يمين، وقال الحسن بن زياد: هو ظهار، وقال محمد: ليس بشيءٍ وهو الصحيح. [وبه قال][(٢)] الشافعي ومالك وأحمد والثوري والليث وإسحاق وأبو ثور.

وفي الينابيع والروضة: يمين عند أبي يوسف، ظهار عند الحسن.

وفي شرح المختار: حكي الخلاف بين أبي يوسف والحسن على العكس،

---

(١) المغني لابن قدامة (٨/ ٤).

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من البناية (٥/ ٥٤١).

....

ومثله في المفيد والمزيد، وشرح مختصر الكرخي والمبسوط والمحيط[١].

وأوجب الأوزاعي عليها كفارة الظهار.

في المحيط: ظاهر واستثنى يوم الجمعة؛ لم يجز تكفيره فيه في رواية الحسن.

ولو ظاهر يومًا أو شهرًا؛ صح تقييده ولا يبقى بعد مُضي المدة.

ولو ظاهر إلى شهر؛ لم يَصر مُظاهرًا [فإنه يقع بعده.

ولو علق الظهار بشرط ثم أبانها، ثم وجد الشرط في العدة لا يصير مظاهرا بخلاف الإبانة][٢] المعلقة.

قال: أنتِ عليَّ كظهرِ أمّي في رجب ورمضان، فكَفَّر في رجب؛ أجزأه عنهما.

وفي شعبان ظاهر من امرأته ثم أشرك معها أخرى، أو قال: أنتِ عليَّ مثل هذه، ينوي الظهار؛ صحَّ، وكذا بعد موتها وبعد التكفير.

وفي الحاوي: يصح الظهار من المطلقة الرجعية ولا يصير عائدًا مع صحة [٤٧٦/أ] الظهار حتى يراجعها، والقياس: ألا يصح الظهار منها؛ لأن وطئها عليه حرام، فكان صادقًا في التشبيه؛ فلم يكن منكرًا، فكانت كالمبانة عنده[٣].

وعندنا: هي زوجة فلا إشكال.

ولو [قال][٤]: أنت أمي؛ لا يصير مظاهرًا.

وفي المغني: قال: أنا مظاهر، أو على الظهار؛ لا يصير مظاهرًا[٥].

وفي الخزانة: أنا منك مظاهر وقد ظاهرت منك؛ فهو مظاهر[٦].

---

(١) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٢٥٢).
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ٤١٦).
(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٥) المغني لابن قدامة (٨/ ١١).
(٦) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٢٣٠).

....

ويكره أن يقول لامرأته: يا أُخيَّة؛ لورود النهي عن ذلك.

ولو أخَّر المظاهر التكفير؛ فلها مطالبته به، والقاضي يجبره عليه، وتمنع نفسها من القربان والمسّ والتقبيل.

ولو قال: قد كفّرْتُ؛ صُدِّق ما لم يُعرف بالكذب.

وعن محمد: للمظاهر أن يُقبلها إذا قدم من السفر؛ للشفقة.

ولو أبى من التكفير بعد طلبها؛ يُحبس، فإن أَبَى؛ يضرب ولا يضرب في الدين، وللسلطان منعُه من القربان حتى يُكَفِّر.

ولو قال لأجنبية أو مبانة: إن نكحتُكِ فأنتِ عليَّ كظهر أمي، فإذا تزوجها يصيرُ مظاهرًا. وبه قال مالك، ولم ينعقد عند الشافعي وحُكي عنه في القديم كقولنا.

ولو ظاهر منها فجُنَّ أو مات عقيبه؛ قالوا: لا يكون عائدًا، ولو أفاق هل تكون نفس الإفاقة عودًا؟ فعلى وجهين كالرجعة.

ولو قال: إن دخلتِ الدار فأنتِ عليَّ كظهر أمي، فكفّر قبل الدخول؛ يجزئه عند ابن الحداد، وقال: معظم أصحاب الشافعي لا يجزئه أيضًا.

ولو كرر الظهار في مجلس؛ فعليه لكل ظهار كفارة عندنا إلا أن ينوي التكرار والتأكيد للأول.

وفي مجالس؛ يتكرر إلا أن يُكَفِّر، وبه قال مالك.

وقالت الظاهرية: [في](١) المرتين تجب كفارة، ولا شيء في الثالثة، فإذا أعاد رابعة فعليه كفارتان، ولا شيء في الخامسة، فإذا قاله سادسة فعليه ثلاث كفارات؛ هكذا في كل مرتين كفارة(٢). وفساده لا يخفى على أحد، وانفرد بهذا القول ابن حزم.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) المحلّى بالآثار لابن حزم (٩/ ٢٠٠).

فَصْلٌ في الكَفَّارَةِ

قَالَ: (وَكَفَّارَةُ الظِّهَارِ عِتقُ رَقَبَة فَإن لَم يَجِد فَصِيَامُ شَهرَينِ مُتَتَابِعَينِ، فَإن لَم يَستَطِع فَإطعَامُ سِتِّينَ مِسكِينًا) لِلنَّصِّ الوَارِدِ فِيهِ، فَإِنَّهُ يُفِيدُ الكَفَّارَةَ عَلَى هَذَا التَّرتِيبِ. قَالَ: (وَكُلُّ ذَلِكَ قَبلَ المَسِيسِ) وَهَذَا فِي الإِعتَاقِ وَالصَّوم ظَاهِرٌ لِلتَّنصِيصِ عَلَيهِ، وَكَذَا فِي الإِطعَام، لِأَنَّ الكَفَّارَةَ فِيهِ مَنهِيَّةٌ لِلحُرمَةِ فَلَا بُدَّ مِن تَقدِيمِهَا عَلَى الوَطءِ لِيَكُونَ الوَطءُ حَلَالًا، ....

فصل في الكفارة

لما ذكر حكم الظهار وهو حُرمة الوطء ودواعيه إلى نهايته؛ ذكر في هذا الفصل ما ينهي تلك الحرمة وهو الكفارة.

قوله: (**عتق رقبة**)؛ أي: إعتاق رقبة؛ إذِ العتق لا ينوبُ عن الكفارة حتى لو ورث أباه ونوى الكفارة لا يخرج عن العهدة.

وقوله: (**وكذا في الإطعام**) عطف الإطعام على الإعتاق والصيام يصح في لزوم التقديم على المسيس لا في الاستئناف.

(**تقديمها**)؛ أي: تقديم الكفارة (**على الوطء**)؛ ليحل الوطء[(١)].

وفي شرح مختصر الكرخي: وقال مالك: يجوز الإطعام قبل المسيس. وفي الحلية: قال داود [يجوز الوطء قبل الإطعام][(٢)]. وأومأ إليه أحمد[(٣)].

وقلنا: إنه أحد أنواع الكفارة فصار كالعتق.

ولأنا لو جوزنا الوطء قبل الإطعام فلو حصلت له القدرة على الإعتاق أو الصيام قبل الإطعام؛ كان الوطء سابقًا عليهما وذلك منهيٌّ عنه.

ولأنه عليه السلام قال للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة: «استَغْفِرْ ربكَ ولا تَعُدْ حتى تُكَفِّر»[(٤)] بلا تقييد بالتحرير والصيام.

---

(١) في الأصل: (تقديم الكفارة على الوطء؛ فصار كالعتق، ولأنا لو جوزنا الوطء فمحل الوطء) وما أثبتناه من النسخة الثانية والثالثة.

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من حلية العلماء (٧/ ٢٠١).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٨/ ٤١).

(٤) سبق تخريجه لأصحاب السنن وقال الترمذي: حسن صحيح غريب.

قَالَ: (وَتُجزِئ فِي العِتقِ الرَّقَبَةُ الكَافِرَةُ وَالمُسلِمَةُ، وَالذَّكَرُ وَالأُنثَى وَالصَّغِيرُ وَالكَبِيرُ) لِأَنَّ اسمَ الرَّقَبَةِ يَنطَلِقُ عَلَى هَؤُلَاءِ، إذ هِيَ عِبَارَةٌ عَن الذَّاتِ المَرقُوقِ المَملُوكِ مِن كُلِّ وَجه، وَالشَّافِعِيُّ يُخَالِفُنَا فِي الكَافِرَةِ وَيَقُولُ: الكَفَّارَةُ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى، فَلَا يَجُوزُ صَرفُهُ إلَى عَدُوِّ اللَّهِ كَالزَّكَاةِ، ....

قوله: (وَتُجْزِئ فِي العِتْقِ) إلى آخره .في المبسوط: إعتاق الصغيرة والكبيرة وإن كانا فائتي المنفعة من المشي والبطش والعقل والكلام؛ لأن الغالب سلامة ذلك منهما؛ فلا يُعدُّ عيبًا؛ لأن ما لا تخلو الفطرة السليمة عنه لا يعدُّ نقصانًا[1].
وبه قال: الزهري والنخعي وعطاء والثوري والشافعي ومالك والليث بن سعد.

قال الشافعي: الليث أفقه من مالك، وقال ابن خلكان: هو من أصحاب أبي حنيفة ولي القضاء بمصر[2].

وحكي عن أحمد: لا يجوز الصغير حتى يصوم ويصلي[3]، وهكذا حكي عن مالك؛ بناء على أن الإيمان شرط فيه والعمل من الإيمان، والشافعي وإن قال بأن العمل منه ولم يقل بهذا، ولكن هذا القول خلاف الإجماع.

قوله: (والشافعي) إلى آخره، وبقوله قال مالك[4] وأحمد[5]، إلا أن مالكًا قال: يجوز إعتاق المجوسي عنها؛ لما روي أنه يجبر على الإسلام عنده فيحصل الإسلام بعده بالإكراه عليه.

(ويقول)؛ أي: الشافعي.

(كالزكاة)؛ أي: الكفارة تطهير واجب بالشرع، فلم يكن الكافر أهلًا ومحلًّا له كالزكاة؛ قال تعالى: ﴿وَلَا تَيَمَّمُوا ٱلْخَبِيثَ مِنْهُ تُنفِقُونَ﴾ [البقرة: ٢٦٧] ولا خبيث أشد من الكفر؛ ولهذا لا يجوز المرتد.

ولأن الإيمان شرط في كفارة القتل بالنص والإجماع فكذا في سائر الكفارات؛ لأنها جنس واحد.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٢).
(٢) انظر: وفيات الأعيان لابن خلكان (٤/ ١٢٧).
(٣) في الأصل: (لا تجزئ الصغيرة) وما أثبتناه من النسخة الثانية والثالثة.
(٤) انظر: المعونة للقاضي عبدالوهاب (١/ ٨٩٣). (٥) انظر: المغني لابن قدامة (٨/ ٢٢).

وَنحنُ نَقُولُ: المَنصُوصُ عَلَيهِ إعتَاقُ الرَّقَبَةِ وَقَد تَحَقَّقَ، ....

ولأن قيد الإيمان في كفارة القتل زيادة وَصْف؛ يجري مجرى الشرط فيوجبُ العدم عند عدمه في المنصوص عليه، وفي نظيره من الكفارة؛ لأنها جنس واحد؛ كالتقييد بالعدالة في بعض الشهادات [٤٧٦/ب] أوجب نفي القبول عند عدمها.

ولأن المطلق يُحمل على المقيد في الجنس الواحد، والكفارات جنس واحد. والمسألة بتمامها مذكورة في الأصول.

ولأنا أمرنا بعتق رقبة حي قائم من كل وجه؛ ولهذا لا يجوز الذمي؛ فالكافر ميت، قال تعالى: ﴿أَوَ مَن كَانَ مَيْتًا فَأَحْيَيْنَٰهُ﴾ [الأنعام ١٢٢].

ولأن الكفارة حسنة وإعتاق الكافر سيئة؛ لما فيه من تفريغ باله لعبادة الأوثان.

ولأنه عليه السلام قال لمعاوية بن الحكم حين أتى بجارية مجوسية وقال يا رسول الله: عليّ رقبة أفأعتِقُها عنها؟ فقال لها رسول الله ﷺ: «أين الله؟» فأشارت إلى السماء قال: «أعتقها فإنها مؤمنة» رواه مسلم والنسائي(١)، وما سأل عن سبب وجوب الكفارة فدلَّ أن الإيمان شرطٌ في الجميع.

ولأنه لا يجوز التقرب إلى الله تعالى بعتق أعدائه.

ولأن العمل بالمقيد عمل بالدليلين؛ لأن المطلق جزء المقيد فكان أولى.

قوله: (ونحن نقول) إلى آخره؛ يعني: النص مطلق وتقييده بالإيمان زيادة فلا يصح بالقياس؛ لأنها نسخ، مع أن شرط القياس تعدية الحكم إلى فرعٍ هو نظيره ولا نص فيه، وهاهنا وُجد فيه النص.

ولا نسلم أن الوصف كالشرط، ولئن سَلِمَ؛ فالشرط لا يوجب العدم عندنا، ولئن أَوْجَبَ فإنما صحَّ الإلحاق إذا ثبت أنهما نظيران، وليس كذلك فإن القتل أعظم الكبائر؛ ولهذا لم يشرع الإطعام بدلًا عن الصيام فيه بخلاف الظهار.

---

(١) أخرجه مسلم (١/ ٣٨١، برقم ٥٣٧)، وأبو داود (١/ ٢٤٤، برقم ٩٣٠)، والنسائي (٣/ ١٤، برقم ١٢١٨) من حديث معاوية بن الحكم السلمي.

وَقَصدُهُ مِن الإِعتَاقِ التَّمَكُّنُ مِن الطَّاعَةِ ....

وقيد العدالة لم يُوجب النفي؛ لكن الأمر بالتثبت في بناء الفاسق أوجب نسخ الإطلاق، ولا يحمل المطلق على المقيد إذا أمكن العمل بهما كما بين في الأصول.

فإن قيل: أمر بتحرير رقبةٍ نكرةٍ، والنكرة في الإثبات مُختص، وقد أريدت به المؤمنة بالإجماع؛ فبطلت الكافرة؛ لأنهما ضدان.

قلنا: المؤمنة باعتبار أنها رقبة لا لأنها مؤمنة، وكذا الكافرة؛ كما في الصغيرة والكبيرة وبين الصغير والكبير تضاد.

والمرتد ممنوع: فإنه يجوز عند بعض مشايخنا، وعند البعض لا يجوز؛ فإنه استحق القتل، حتى تجوز المرتدة بلا خلاف.

وأما قوله: إن الكافر ميت؛ فذلك مجاز، فإنه لو قال: كلُّ مملوك لي حرٌّ؛ تَعتِقُ عبيدُه الكفار بالإجماع.

وأما قولهم: إعتاق الكافر سيئة؛ فغير مستقيم لصحة النذر به، ولأنه يعاون على البر والتقوى؛ لما فيه من تفريغ باله لتعلم العلم والنظر في محاسن الإسلام وتفرغه للعبادة على أن الإعتاق أفاده النعمة، واستعماله في غيرها بواسطة اختياره فلا يحال به على إعتاقه، وصار كبيع العصير ممن هو معروف باتخاذه خمرًا.

والمصروف إلى الكفارة ماليته لا اعتقاده، والخبث من حيث الاعتقاد ومن حيث المالية هو عبثٌ يسيرٌ على شرف الزوال.

وأما حديث الخرساء -وروي السوداء-؛ فمؤوَّلٌ عند الثقات فإن فيه سؤال عن مكان الله وهو محالٌ على الله تعالى، مع أنه يمكن أن يكون ذلك كفارة القتل وعلمه النبي عليه السلام وقد روي أنه قال: «على رقبة مؤمنة»، أو لكون المؤمنة أفضل من غيرها.

وقوله: (وقصده من الإعتاق) جواب عن قول الخصم: الكفارة حق الله تعالى إلى آخره؛ يعني: قصد المُكَفِّر أن يكون العبد خالصًا للطاعات بواسطة الإسلام

ثُمَّ مُقَارَفَتُهُ المَعصِيَةَ يُحَالُ بِهِ إِلَى سُوءِ اختِيَارِهِ ....

[والتعلّم والنظر في محاسن الإسلام][1].

والظاهر: أن العبد باعتبار أن مولاه أحسن إليه، ولو أصرَّ على المعصية؛ فإنما ذلك لسوء اختياره.

و(**مقارفته**)؛ أي: كسبه (**المعصية فيحال [به] إلى [سوء] اختياره**) لا إلى إعتاقه، وإنما لا يجوز أداء الزكاة إلى الكافر بالحديث وهو قوله عليه السلام: «خذها من أغنيائهم» الحديث[2].

وأما قوله "لا يجوز التقرب إلى الله تعالى بعتق أعدائه" مخالف للنص قال تعالى: ﴿لَّا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ﴾ [الممتحنة ٨] إلى: ﴿أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوٓاْ إِلَيْهِمْۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ﴾ فإن الله تعالى لا ينهانا عن الإحسان إليهم؛ ولهذا يصح النذر بإعتاق العبد الكافر.

وقد جوَّزت المالكية إعتاق العبد المجوسي القائل بالصانعين، ولم يجوزوا إعتاق أهل الكتاب الموحد!.

ولا معنى لقولهم: إنه يجبر على الإسلام في المستقبل؛ [لأنه في حال إعتاقه مشرك، وجبره على الإسلام في المستقبل][3] لا يخرجُه عن الكفر بعد الإعتاق، مع اختلافهم في صحة إسلام المكره.

وأما قول الخصم: إن العمل بالمقيد عمل بالدليل[4]؛ [باطل][5]؛ لأن الإطلاق[6] ضد التقييد كما عرف في الأصول؛ فلا يكون العمل بالمقيد عمل بالإطلاق؛ إذْ في الإطلاق توسعة بعتق أي رقبةٍ شاء، وفي التقييد تضييق.

وقولهم: المقيد بمنزلة البيان للمطلق؛ فاسد لأن المطلق لا يحتاج إلى

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) أخرجه البخاري (٢/ ١٠٤، برقم ١٣٩٥)، ومسلم (١/ ٥٠، برقم ١٩) من حديث ابن عباس بلفظ «تؤخذ.. ».
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) في الأصل: (عملًا بالإطلاق) وما أثبتناه من النسخة الثانية والثالثة.
(٥) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٦) في الأصل: (إذْ في الإطلاق) وما أثبتناه من النسخة الثانية والثالثة.

(وَلَا تُجزِئُ العَمياءُ وَلَا المَقطُوعَةُ اليَدَينِ أَو الرِّجلَينِ) لِأَنَّ الفَائِتَ جِنسُ المَنفَعَةِ

البيان؛ إذِ العمل بإطلاقه ممكن. وقد بين في الأصول.

[٤٧٧/أ] **قوله**: (**وَلَا تُجْزِئُ العَمْيَاءُ**) الموصوف الرقبة لا الأنثى أو الأمة حتى لا يجوز العبد الأعمى، ولا خلاف للأئمة الأربعة وأصحابهم أنه لا يجزئ عن الكفارة في عيب تفوت به جنس المنفعة.

وعن النخعي والشعبي: أن عتق الأعمى جائز.

وعن ابن جريج: يجزئ الأشل.

وعند داود وأصحابه: لا يمنع شيء من العيوب.

قيل: هو خلاف العُلماء المعتبرين، وعن الشافعي: لا أعلم أحدًا ممن مضى من أهل العلم أنه قال "لا يمنع" وداود نشأ بعده.

قيل: قد رُوي عن النخعي والشعبي جواز الأعمى كقول داود وهما قبل الشافعي وأبي حنيفة ومالك.

وقيل: الأصل الجامع في تخريج ما لا يجوز في الكفارة.

ويجوز أن عتق كل رقبة كاملة الرِّق في ملكه مقرونًا بنية الكفارة هو جنس ما ينبغي من المنافع فيها قائم بلا بدل يجوز وإلا فلا.

وعن هذا قلنا: لو أعتق نصف الرقبة ثم أعتق النصف الآخر قبل الجماع يجوز، [وبعد الجماع لا يجوز](١) عند أبي حنيفة خلافًا لهما.

وفي النهاية: الأصل عند الشافعي: أن كل عيب لا يُرجَى زواله؛ يكون فاحشًا يمنع زوال التكفير به، وكل عيب يرجى زواله لا يمنع كالحمى والبحة.

وقيل: أصل الشافعي وأحمد المنع باختلال العمل؛ لأن الفائت جنس المنفعة.

في الإيضاح: إذا فات جنس المنفعة؛ صار الشخص في حق ذلك الجنس كالهالك؛ لأن قيامه بمنافعه.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية والثالثة.

وَهُوَ الْبَصَرُ أَو الْبَطْشُ أَو الْمَشْيُ وَهُوَ الْمَانِعُ، أَمَّا إِذَا اخْتَلَّت الْمَنفَعَةُ فَهُوَ غَيرُ مَانِعٍ، حَتَّى يَجوزُ الْعَوْرَاءُ وَمَقْطُوعَة إحدَى الْيَدَينِ وَإِحدَى الرِّجلَينِ مِن خِلَاف، لِأَنَّهُ مَا فَاتَ جِنسُ الْمَنفَعَةِ بَل اختَلَّت، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتَا مَقْطُوعَتَينِ مِن جَانِب وَاحِد، حَيثُ لَا يَجُوزُ لِفَوَاتِ جِنسِ مَنفَعَةِ الْمَشْيِ، إِذ هُوَ عَلَيهِ مُتَعَذِّرٌ، وَيَجُوزُ الأَصَمُّ. وَالقِيَاسُ: أَن لَا يَجُوزَ، وَهُوَ رِوَايَةُ النَّوَادِرِ، لِأَنَّ الفَائِتَ جِنسُ الْمَنفَعَةِ، إِلَّا أَنَّا

وفي المبسوط: الآدمي بمنافعه قائم.

(**إذا اختلت المنفعة فهو**)؛ أي: اختلال المنفعة المقصودة (**غير مانع حتى يجوز العوراء**) والعمشاء والعشواء والرمداء والبرصاء والمجذومة والصماء والخصي والمجبوب والرتقاء والقرناء والخنثى والعنين والأصم.

في ظاهر الرواية: جواز الأصم استحسان، (**والقياس ألا يجوز وهو رواية النوادر**)؛ لأن الفائت جنس المنفعة كساقط الأسنان العاجز عن الأكل.

وجه الاستحسان مذكورٌ في المتن.

وقيل: في الرواية [التي] قال: لا يجوز؛ محمولة على صمم أصلي ولابدَّ أن يكون معه الخرس؛ [فإنه لا يسمع الكلام ولا يتكلم وهذا لا يجوز. ومراده من الرواية التي قال "لا يجوز" في صمم عارضي؛ فلا يكون معه الخرس][1] فيسمع عند المبالغة ورفع الصوت[2].

وفي الجواهر: يجزئ الأعور، وقال عبد الملك: لا يجزئ وهو قول مالك[3].

وفي المدوَّنة: لا يجزئ أقطع اليد الواحدة أو أصبع أو مقطوع الأذنين أو أشل أو أبرص أو أجذم أو أخرس أو أعمى أو يابس الشق والهرم[4]، وكذا عند الشافعي[5]، وقال أشهب: يجزئ الأصم، واختلفوا في الخصي.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية والثالثة.
(٢) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٥)، والمحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٣٤).
(٣) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٥٥٥).
(٤) المدونة لابن القاسم (٢/ ٣٢٧).
(٥) انظر: البيان للعمراني (١٠/ ٣٦٧).

اسْتَحسَنَّا الجَوَازَ لِأَنَّ أَصلَ المَنفَعَةِ بَاقٍ، فَإِنَّهُ إِذَا صِيحَ عَلَيهِ سَمِعَ حَتَّى لَو كَانَ بِحَال لَا يَسمَعُ أَصلًا بِأَن وُلِدَ أَصَمَّ ـ وَهُوَ الأَخرَسُ ـ لَا يُجزِيه ....

وفي النهاية: لا يؤثر البرص والبهق، ويجزئ مقطوع الخنصر أو البنصر، وكذا هما من يدين ومن يد واحدة، ولا يجزئ مقطوع الإبهام أو السبابة أو الوسطى من يد، وقطع أصابع الرجلين لا يمنع.

وفي المغني: قول أحمد كقول الشافعي والأنملة من الإبهام تمنع ومن غيرها لا تمنع، والعور لا يمنع ولا قطعُ الأذنين وهو قول الأئمة الأربعة[(١)]، وفيه خلاف زفر.

وفي الحلية: مقطوع الأذنين لا يجوز عند مالك وزفر[(٢)].

ويجوز مقطوع الأنف، والأصم إذا فهم بالإشارة، والأخرس إذا فهمت إشارته، وهو قول الشافعي وأبي ثور ولا يجزئ عند أحمد على المنصوص، وهو قول أبي حنيفة ومالك، وفي رواية لأنهم مستهلكون من وجه[(٣)].

ولنا: لأن الأخرس يمنع كثيرًا من الأحكام وأكثر الناس لا يفهمون إشارته.

وما نُقِل في النهاية "أن على قول الشافعي لا تجوز العوراء" ما وجدته في كتبهم؛ بل قال في كتبهم بجوازه.

وفيه: يجوز الخصي ومقطوع الأذنين ومقطوع المذاكير، خلافًا لزفر [لأنهم مستهلكون من وجه[(٤)].

ولنا][(٥)]: أن تقطع الأذنين الشاخصتين والسمع باق[(٦)] فلا تصير الرقبة مُستهلكة كفوات شعر الحاجبين واللحية، وفي الخصي ومقطوع المذاكير تفوت منفعة النسل وهي زائدة على ما يطلب من المماليك[(٧)].

---

(١) المغني لابن قدامة (٨/ ٢٣).
(٢) حلية العلماء للشاشي (٧/ ١٨٦).
(٣) المغني لابن قدامة (٨/ ٢٣).
(٤) بفوات منفعة مقصودة من الآدمي.
(٥) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٦) أي: بعد قطع الأذنين الشاخصتين: السمع باق، وإنما يفوت ما هو زينة وجمال فلا تصير الرقبة به مستهلكة.
(٧) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٥).

(وَلَا يَجُوزُ مَقطُوعُ إبهَامَي اليَدَينِ) لِأَنَّ قُوَّةَ البَطشِ بِهِمَا فَبِفَوَاتِهِمَا يَفُوتُ جِنسُ المَنفَعَةِ (وَلَا يَجُوزُ المَجنُونُ الَّذِي لَا يَعقِلُ) لِأَنَّ الِانتِفَاعَ بِالجَوَارِحِ لَا يَكُونُ إلَّا بِالعَقلِ فَكَانَ فَائِتَ المَنَافِعِ (وَالَّذِي يُجَنُّ وَيُفِيقُ يُجزِئُهُ) لِأَنَّ الِاختِلَالَ غَيرُ مَانِعٍ، (وَلَا يُجزِئُ عِتقُ المُدَبَّرِ وَأُمِّ الوَلَدِ) ....

قوله: (**ولا يجوز مقطوع إبهامي اليدين**)، وكذا إذا قطعت من كل يد ثلاثُ أصابع لم يجز؛ لفوات منفعة البطش وقطع أكثر الأصابع كقطع جميعها.

ولو كان المقطوع من كل يدٍ أصبعًا أو أصبعين سوى الإبهام؛ يجزئ؛ لأن منفعة البطش باقية. كذا في المبسوط(١).

وقال الشافعي: لو كان المقطوع السبابة أو الوُسطى لا يجوز كقطع الإبهام؛ لأن معظم العمل يتعلق بهذه الثلاثة(٢).

قوله: (**المجنون الذي لا يعقل**) [لا] يجزئه عمَّن يجن ويفيق؛ فإن المجنون المظنون المطبق لا يجوز بلا خلاف للأئمة الأربعة.

(**والذي يجنّ ويفيق**) يجوز إذا أعتقه في حال إفاقته؛ لأن المطبق [٤٧٧/ب] فائت المنافع لزوال عقله، ولا يقال الرقبة الصغيرة فائتة المنافع من المشي والبطش والعقل والكلام؛ لأنها عديمة المنافع إلى زمان الإصابة فلا يعد ذلك عيبًا. ذكره في المبسوط(٣).

وفيه: روى إبراهيم عن محمد: حلال الدم الذي قد قضي بدمه ثم عُفي عنه؛ لم يجز. كذا في المحيط(٤).

قوله: (**لا يُجزِئُ عتق أم الولد والمدبّر**)(٥) وبه قال: الحسن والأوزاعي والثوري ومالك وأبو عُبيد.

وجوَّز الشافعي عتق المدبر؛ لأنه يرى جواز بيعه، وبه قال أحمد وعثمان البتّي وداود الظاهري.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٥).
(٢) انظر: البيان للعمراني (١٠/ ٣٦٧).
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٢).
(٤) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٣٥).
(٥) في المتن المطبوع: وَلَا يُجْزِئُ عِتْقُ الْمُدَبَّرِ وَأُمِّ الْوَلَدِ.

لِاستِحقَاقِهِمَا الحُرِّيَّةَ بِجِهَة، فَكَانَ الرِّقُّ فِيهِمَا نَاقِصًا، وَكَذَا المُكَاتَبُ الَّذِي أَدَّى بَعضَ المَالِ، لِأَنَّ إعتَاقَهُ يَكُونُ بِبَدَل. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ يُجزئهُ لِقِيَامِ الرِّقِّ مِن كُلِّ وَجه، ....

وقال عثمان وداود: تجوز أم الولد أيضًا بناءً على جواز بيعها قبل الحمل من السيد، والأصل بقاء ما كان(١).

فقال الْبَرْذَعِيُّ(٢): أجمعنا على منع بيعها حين كانت حاملًا فوجب أن تستمر بغير ما قلت؛ فانقطع داود.

(فكان الرق فيهما)؛ أي: في الولد والمدبَّر **(ناقصًا)** قيل: يرد على هذا ما لو قال: كل مملوك لي حرٌّ؛ يعتق مدبَّره وأم ولده ولا يعتق مكاتبه إلا بالنية؛ فدلَّ على كمال الرق فيهما؛ ولهذا يحل وطئهما، ولو كان الرق ناقصًا لا يحل كالمكاتبة.

وأجيب عنه: أن الملك فيهما كاملٌ والرق ناقص؛ فيدخل في قوله: كل مملوك لكمال الملك، أما لا يجزئ في الكفارة؛ لنقصان الرق.

والمنصوص عليه في الكفارة: عتق الرقبة وذلك اسم للذات المرقوقة لغة وعرفًا؛ فيقتضي تمام قيام الرق مطلقًا، والمطلق يقع على الكامل لا الناقص، وبالاستيلاء والتدبير يتمكن النقصان في الرق.

ولأن قوله تعالى: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾ [النساء ٩٢] يقتضي إنشاء العتق من كل وجهٍ، وإعتاق أم الولد تعجيل لما صار مستحقًّا لها مؤجلًا؛ فلا يكون إنشاءً من كل وجه، فكذا في المدبّر؛ لأنه تعجيل لما استحقه بعد الموت(٣).

قوله: (وعن أبي حنيفة أنه: يجزئه)، وهو رواية الحسن عنه في كمال رقه؛ قال عليه السلام: «**المكاتبُ عبدٌ ما بقيَ عليهِ درهمٌ**» [رواه أبو داود](٤)(٥).

---

(١) انظر الأقوال في: المغني لابن قدامة (٩/ ٥٥٢).

(٢) هو: أبو سعيد البرذعي شيخ الكرخي؛: والبرذعي بذال معجمة نسبة إلى برذعة الدابة. حاشية الشِّلْبِيِّ (٣/ ١٠٢).

(٣) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٧).

(٤) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٠، برقم ٣٩٢٦) من حديث عبدالله بن عمرو مرفوعا.

(٥) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

وَلِهَذَا تَقبَلُ الكِتَابَةُ الِانفِسَاخَ، بِخِلَافِ أُمُومِيَّةِ الوَلَدِ وَالتَّدبِيرِ، لِأَنَّهُمَا لَا يَحتَمِلَانِ الِانفِسَاخَ، فَإِن أَعتَقَ مُكَاتَبًا لَم يُؤَدِّ شَيئًا جَازَ، خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ. لَهُ: أَنَّهُ استَحَقَّ الحُرِّيَّةَ بِجِهَةِ الكِتَابَةِ، فَأَشبَهَ المُدَبَّرَ. وَلَنَا: أَنَّ الرِّقَّ قَائِمٌ مِن كُلِّ وَجه عَلَى مَا بَيَّنَّا،

(ولهذا تحتمل[1] الكتابة الانفساخ) بتعجيزه[2] (أمومية الولد والتدبير [لأنهما] لا يحتملان الانفساخ)؛ قيل: لو قضى القاضي بجواز بيع المدبّر؛ ينفسخ التدبير، وفي أم الولد خلاف معروف. ومراده: لا يحتملان الفسخ بدُون القضاء.

ولو (أعتق مكاتبًا لم يؤدّه شيئاً جاز)؛ عندنا، وأحمد في رواية لا يجوز[3].

قوله: (**فأشبه المدبر**)؛ أي: على مذهبكم؛ لما أن عند الشافعي بيع المدبر وإعتاقه عن الكفارة جائز، فيكون ذلك منه احتجاجًا علينا بمذهبنا.

وفي الكافي والمبسوط: استحقاق العتق بالكتابة فوق الاستحقاق بالتدبير؛ ولهذا صار المكاتب أحق بمكاسبه، ويمنع المولى عن التصرف فيه حتى لو وطئ المولى مكاتبته يغرم العُقر.

ولأن العتق لما صار مستحقًّا بجهة فإذا أوقعه؛ وقع من الوجه المستحق؛ ولهذا يسلم الاكتساب والأولاد له[4].

(**ولنا**: **أن الرق قائم من كل وجه**)؛ لما روينا من قوله عليه السلام: («**المكاتبُ عبدُ**») الحديث.

ولعدم تمكن النقصان في رقه بالكتابة؛ لأن عتقه معلق بشرط الأداء، والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده.

ولا يثبت بهذا التعليق استحقاق الحرية في سائر الشروط بل أولى؛ لأن التعليق بسائر الشروط يمنع الفسخ، وبهذا الشرط لا يمنع، فلو تمكن نقصان في رقه لما تُصور فسخه وعوده إلى الحالة الأولى؛ لأن نقصان الرق بثبوت العتق

---

(١) في المطبوع: تقبل.
(٢) في المتن المطبوع (تقبل)، وفي الثالثة (لتعجيله)، وما أثبتناه من الأصل والثانية.
(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٩/ ٥٥٢).
(٤) انظر: المبسوط للسَّرَخسِي (٧/ ٦).

وَلِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْمُكَاتَبُ عَبدٌ مَا بَقِيَ عَلَيهِ دِرهَمٌ» وَالكِتَابَةُ لَا تُنَافِيه، فَإِنَّهُ فَكُّ الحَجرِ بِمَنزِلَةِ الإِذنِ فِي التِّجَارَةِ، إِلَّا أَنَّهُ بِعِوَض فَيَلزَمُ مِن جَانِبِهِ، وَلَو كَانَ مَانِعًا يَنفَسِخُ بِمُقتَضَى الإِعتَاقِ إِذ هُوَ يَحتَمِلُهُ، إِلَّا أَنَّهُ تَسلَمُ لَهُ الأَكسَابُ وَالأَولَادُ،

من وجه، وحق العتق لا يحتمل الفسخ لحقيقته كالتدبير والاستيلاد[١].

قوله: **(والكتابة لا تنافيه)**؛ أي: لا تنافي الرق؛ **(فإنه)** [أي][٢] عقد الكتابة **(فك الحجر)** في حق المكاسب، وذا لا يمكن نقصانًا في الرق **(كالإذن في التجارة، إلا أنه)**؛ أي: عقد الكتابة فك **(بعوض)** والإذن فك بغير عوض، فلم يكن لازمًا في حق المولى.

ولكن مع هذا المنافع والمكاسب غير الرقبة؛ فبالتصرف فيها لازمًا أو غير لازم لا يتمكن النقصان في الرق، والملك كالإعارة مع الإجارة، وبسبب اللزوم يمنع المولى عن التصرف فيه.

ويلزمه ضمان العُقر والأرش؛ لأن ذلك في حكم المكاسب والمنافع، والمكاسب صارت مستحقة له دون الرقبة؛ فلم يتمكن نقصانًا في الرق فلا يمنع من التحرير في التكفير؛ لأنه إزالة الرق[٣].

ولئن كان مانعًا منه ينفسخ ضمنًا للإعتاق؛ لأنه قابل للفسخ برضا الْمُكَاتَبِ، وقد وُجِد الرضا هنا دلالة؛ لأنه لما رضي بحصول العتق ببدلٍ فلأن يرضى بحصوله بلا بدل أولى[٤]، وهذا معنى قوله: **(ولو كان)**؛ أي: عقد الكتابة أو للزوم من جانب المولى **(مانعًا)** عن [وقوع] الإعتاق عن الكفارة.

نظير الانفساخ ضمنا وإن لم يملك ابتداء: ما لو آجر داره كل شهر بكذا، وغاب المستأجر وترك امرأته ومتاعه فيها، وأراد [٤٧٨/أ] المؤجر فسخ الإجارة؛ فلا سبيل له إلى ذلك بغير حضور الغائب، والوجه: أن يؤاجرها من آخر قبل مجيء رأس الشهر، فإذا دخل الشهر انفسخ.

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٨).
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٦).
(٤) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٨).

لِأَنَّ العِتقَ فِي حَقِّ المَحَلِّ بِجِهَةِ الكِتَابَةِ، أَو لِأَنَّ الفَسخَ ضَرُورِيٌّ لَا يَظهَرُ فِي حَقِّ

وكذا لو باع بالخيار ثم أراد الفسخ بغير محضر المشتري؛ لا يجوز، ولو باع من آخر؛ انتقض البيع الأول عند أبي حنيفة ومحمد. ذكره في النوازل والسعدي.

قوله: (**ولأن الفسخ ضروري**) إلى آخره؛ جواب سؤال وهو أن يقال: لما انفسخت الكتابة يلزم ألا يسلم الأكتساب والأولاد، وقد سلم؛ فعلم أن العتق حصل بجهة الكتابة، وذا دليل بقاء الكتابة.

قلنا: الفسخ ضروري، والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها[1]؛ فيظهر في حق جواز التحرير للتكفير لا في حق الأولاد والأكساب؛ لأنه لا دلالة على الرضا فيهما[2].

فإن قيل: العتق لما صار مستحقًا بالكتابة -إذْ عقد الكتابة لتحصيل العتق- فإذا وقع العتق وقع من الوجه المستحق وهو الكتابة؛ بدليل أن الأولاد يعتقون، والعتق من حين كتابته لا يسري إلى الولد المنفصل.

قلنا: ذا باعتبار أنه عتق وهو مكاتب، لا لأنه عتق بجهة الكتابة [كما لو كانت أم ولده ثم ماتت؛ عتقت بجهة الأولاد وسلم لها الأكساب والأولاد، ولو حصل العتق بجهة الكتابة][3]؛ لتقرر به البدل لأن تسليم المعوض يوجب تسليم العوض، ولما سقط به بدل الكتابة؛ ظهر أن العتق لم يحصل بجهة الكتابة.

ولئن سلمنا حصول العتق بجهة الكتابة؛ ولكن الكلام وقع في العتاق؛ فالإعتاق في حق المولى واقع عن التكفير، والعتق في المحل على الكتابة، والكفارة تتأدى بالإعتاق الصادر من المولى تختلف جهاته؛ ففيما يرجع إلى حق المكاتب جعل هذا ذلك العتق، وفيما يرجع إلى حق المولى جعل إعتاقًا بجهة الكفارة؛ لأنه قصد ذلك، وهذا كالمرأة إذا وهبت الصداق من زوجها ثم طلقها

---

(١) في الأصل: (يتقدر الضرورة) وما أثبتناه من تبيين الحقائق وفتح القدير.

(٢) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/٨).

(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

الوَلَدِ وَالكَسبِ (وَإِن اشتَرَى أَبَاهُ أَو ابنَهُ يَنوِي بِالشِّرَاءِ الكَفَّارَةَ جَازَ عَنهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ كَفَّارَةُ اليَمِينِ وَالمَسأَلَةُ تَأتِيك فِي كِتَابِ الأَيمَانِ إن شَاءَ اللَّهُ. (وَإِن أَعتَقَ نِصفَ عَبدٍ مُشتَرَكٍ وَهُوَ مُوسِرٌ ....

قبل الدخول بها؛ لا يرجع عليها بشيءٍ وتجعل هبتها في حق الزوج تحصيلًا لمقصوده عند الطلاق، ويجعل في حقها تمليكًا مبتدأ، كذا في المبسوط[١]. وهذا معنى قوله: (لأن العتق في المحل)[٢] إلى آخره.

فإن قيل: انتقض الملك بالكتابة حتى لا يدخل تحت المملوك المطلق.

قلنا: الله تعالى ما ذكر المِلْك، وإنما شرط الملك ضرورة أن العتق لا ينفذ إلا فيه؛ فشرط بقدر ما تتأدى به الضرورة وهو ملك الرقبة لا المنفعة، وهذا لأن الإعتاق لإزالة الرق وملك الرقبة وكماله بكمالها، وهما حاصلان لما مر، وإنما خرج عن ملكه في حق اليد، والإعتاق لا يتصل به[٣].

قوله: (**وإن اشترى أباه أو ابنه**)، وكذا كل ذي رحم محرم يعتق عليه (**جاز عنها**)؛ أي: عن الكفارة، وإليه ذهب بعض أصحاب الشافعي.

(**وقال الشافعي**) ومالك وأحمد [وزفر][٤] (**لا يجزئه**)[٥].

وعلى هذا الخلاف لو وهب له أو أوصى به، أما لو ملكه بلا صنعه كما لو دخل بالميراث؛ لا يجزئه بالإجماع.

(**وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين**)، وكذا كفارة الإفطار والقتل، (**تأتيك في كتاب الأيمان إن شاء الله تعالى**) ولو قال لعبده: إن دخلتَ الدار فأنتَ حُرّ، ونوى العتق عن الكفارة وقت اليمين [جاز]. ذكره في شرح الطحاوي[٦]، وبه قال الشافعي[٧].

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٧).
(٢) انظر المتن ص ٤٤٧.
(٣) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٨).
(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٥) انظر: حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء للشاشي (٧/ ١٨٨).
(٦) شرح مختصر الطحاوي للجصاص (٧/ ٤٩٨).
(٧) انظر: العزيز شرح الوجيز للرافعي (٩/ ٣٠٤).

وَضَمِنَ قِيمَةَ بَاقِيه، لَم يَجز عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَيَجُوزُ عِندَهُمَا)(*) لِأَنَّهُ يَملِكُ نَصِيبَ صَاحِبِهِ بِالضَّمَانِ، فَصَارَ مُعتِقًا كُلَّ العَبدِ عَن الكَفَّارَةِ وَهُوَ مِلكُهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ المُعتِقُ مُعسِرًا، لِأَنَّهُ وَجَبَ عَلَيهِ السِّعَايَةُ فِي نَصِيبِ الشَّرِيكِ، فَيَكُونُ إعتَاقًا بِعِوَض. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ نَصِيبَ صَاحِبِهِ يَنتَقِصُ عَلَى مِلكِهِ ثُمَّ يَتَحَوَّلُ إِلَيهِ بِالضَّمَانِ وَمِثلُهُ يَمنَعُ الكَفَّارَةَ ....

قوله: (وضمن قيمة باقيه) وأعتق ما بقي أيضًا عن ظهاره **(لم يجز عند أبي حنيفة)**؛ لأن الإعتاق يتجزأ عنده، ونصف الرقبة ليس برقبة، وقد تمكن النقصان في النصف الآخر لتعذر استدامة الرق، وهذا النقصان وقع في ملك شريكه وليس من الأداء؛ إذْ لا أداء قبل الملك، وبالضمان مَلَكَه ناقصًا ومثله منع التكفير كالتدبير؛ فصار كأنه أعتق عبدًا إلا شيئًا منه.

(ويجوز عندهما)؛ لأن الإعتاق لا يتجزأ فإذا عتق نصيبه عتق كله إلا أنه يضمن نصيب شريكه إذا كان موسرًا.

أما **(إذا كان المعتق معسرًا)** لا يجوز عن الكفارة بالاتفاق؛ لأن السعاية تجبُ على العبد فكان إعتاقًا فلا يجوز؛ إذِ الدين وجب بسبب الإعتاق فكان عوضًا عنه وإن كان المعتق حرًّا مديونًا عندهما؛ لعدم تجزيء الإعتاق عندهما.

وقال الشافعي: لو أعتق نصيبه ونوى عتق جميعه عن الكفارة؛ أَجزأَه، وإن كان معسرًا فأعتق نصيبه عن الكفارة واشترى نصيب شريكه وأعتقه عن كفارته؛ أجزأه فيه، وإلا؛ لا[١].

قوله: (ثم يتحول)؛ أي: الملك **(إليه)**؛ أي: إلى المعتق **(بالضمان ومثله يمنع الكفارة)** لما ذكرنا من تمكن النقصان.

فإن قيل: المضمونات تملك بأداء الضمان مستندًا إلى وقت وجود السبب؛ فصار نصيب الساكت ملكًا للمعتق زمان الإعتاق؛ فكان النقصان في ملكه لا في ملك شريكه.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) انظر: البيان للعمراني (١٠/ ٣٧٧).

(وَإِن أَعتَقَ نِصفَ عَبدِهِ عَن كَفَّارَتِهِ ثُمَّ أَعتَقَ بَاقِيه عَنهَا جَازَ) لِأَنَّهُ أَعتَقَهُ بِكَلَامَينِ، وَالنُّقصَانُ مُتَمَكِّنٌ عَلَى مِلكِهِ بِسَبَبِ الإِعتَاقِ بِجِهَةِ الكَفَّارَةِ وَمِثلُهُ غَيرُ مَانِع، كَمَن أَضجَعَ شَاة لِلأُضحِيَّةِ فَأَصَابَ السِّكِّينُ عَينَهَا، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، لِأَنَّ النُّقصَانَ تَمَكَّنَ عَلَى مِلكِ الشَّرِيكِ، وَهَذَا عَلَى أَصلِ أَبِي حَنِيفَةَ. أَمَّا عِندَهُمَا: فَالإِعتَاقُ لَا يَتَجَزَّأُ، فَإِعتَاقُ النِّصفِ إِعتَاقُ الكُلِّ فَلَا يَكُونُ إِعتَاقًا بِكَلَامَينِ(*).

(وَإِن أَعتَقَ نِصفَ عَبدِهِ عَن كَفَّارَتِهِ ثُمَّ جَامَعَ الَّتِي ظَاهَرَ مِنهَا ثُمَّ أَعتَقَ بَاقِيه لَم يَجُزْ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) لِأَنَّ الإِعتَاقَ يَتَجَزَّأُ عِندَهُ، وَشَرطُ الإِعتَاقِ أَن يَكُونَ قَبلَ المَسِيسِ بِالنَّصِّ، وَإِعتَاقُ النِّصفِ حَصَلَ بَعدَهُ، ....

[٤٧٨/ب] قلنا: الملك في المضمون يثبت بصفة الاستناد في حق الضامن والمضمون له لا في حق غيرهما، والكفارة غيرهما؛ فيتمكن النقصان في حقها؛ فلا يجوز. كذا في الفوائد الظهيرية(١).

وَعِنْدَهُمَا: إِعْتَاقُ النِّصْفِ إِعْتَاقُ الْكُلِّ فَحَصَلَ الْكُلُّ قَبْلَ الْمَسِيسِ.

قوله: (**ثم أعتق باقيه**)؛ أي: باقي عبده (**جاز**) عندنا والشافعي وأحمد.

والمشهور من مالك: عدم الإجزاء، وهو قول أبي ثور.

وعن ابن القاسم من أصحاب مالك: يجزيه.

(**ومثله**)؛ أي: مثل النقص الذي حصل بسبب الإعتاق (**غير مانِع**) كذهاب عين الأضحية بالسكين.

وعندهما: هو عتق بكلام واحد؛ لعدم تجزُّىء الإعتاق.

(**بخلاف ما تقدم**)؛ أي: العبد المشترك.

(**حصل بعده**)؛ أي: بعد المسيس؛ [فلم يوجد الإعتاق المأمور به.

وفي الإيضاح: الإخلاء حالة العتاق عن المسيس](٢) واجب فأمكن اعتباره كما في الصوم.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٥٤٩).

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

وَعِندَهُمَا: إعتَاقُ النِّصفِ إعتَاقُ الكُلِّ فَحَصَلَ الكُلُّ قَبلَ المَسِيسِ.

(وَإِذَا لَم يَجِد المُظَاهِرُ مَا يَعتِقُ فَكَفَّارَتُهُ صَومُ شَهرَينِ مُتَتَابِعَينِ، لَيسَ فِيهِمَا شَهرُ رَمَضَانَ وَلَا يَومُ الفِطرِ وَلَا يَومُ النَّحرِ وَلَا أَيَّامُ التَّشرِيقِ) أَمَّا التَّتَابُعُ فَلِأَنَّهُ مَنصُوصٌ عَلَيهِ، وَشَهرُ رَمَضَانَ لَا يَقَعُ عَن الظِّهَارِ لِمَا فِيهِ مِن إبطَالِ مَا أَوجَبَهُ اللَّهُ وَالصَّومُ فِي هَذِهِ الأَيَّامِ مَنهِيٌّ عَنهُ فَلَا يَنُوبُ عَن الوَاجِبِ الكَامِلِ.

فإن قيل: لو جامع ثم أعتق كله بعد المسيس يجوز بالاتفاق؛ فوقوع النصف أخف من وقوع الكل؛ فينبغي أن يجوز.

قلنا: لا يجوز؛ لأنه يلزم التفرقة بالجماع بين النصفين، وقد قلنا: إن الإخلاء حالة الإعتاق واجب إذا أمكن.

قوله: **(وإذا لَمْ يَجِدِ المُظَاهِرُ مَا يَعْتِقُ)** في المحيط: إذا لم يملك رقبة ولا ثمن رقبة؛ يصوم شهرين متتابعين(١).

(أما التتابع) شرط بالنص بلا خلاف.

(وشهر رمضان لا يقع عن الظهار)(٢) إلا أن يكون مسافرًا، وشهر رمضان لا يكون أحد شهري الكفارة عند الجمهور، ويجزئه عن رمضان عندنا.

وقال الشافعي ومالك: لا يجزئه عن رمضان ولا عن غيره.

وقال طاووس ومجاهد: يجزئه عنهما. قيل: هذا مستبعد لا وجه له.

وتوقَّف أحمد في الجواب.

وقال أبو ثور: إن لم يعلم أنه رمضان أجزأه، وإن علم لم يجزه وعليه قضاء رمضان.

وإن كان في السفر أجزاه عن الكفارة عند أبي حنيفة وأبي ثور والظاهرية.

ولا يجزئه عند أبي يوسف ومحمد والشافعي(٣).

(فلا ينوب عن الواجب الكامل)؛ أي: الصوم الكامل الواجب في الذمة.

---

(١) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٣٦).

(٢) في النسخ: (غير رمضان) وما أثبتناه من المتن.

(٣) انظر: حلية العلماء للشاشي (٧/ ١٩٥)، والمغني لابن قدامة (٨/ ٣٧).

(فَإِن جَامَعَ الَّتِي ظَاهَرَ مِنهَا فِي خِلَالِ الشَّهرَينِ لَيلًا عَامِدًا أَو نَهَارًا نَاسِيًا، استَأنَفَ الصَّومَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَستَأنِفُ، لِأَنَّهُ لَا يَمنَعُ التَّتَابُعَ(*)، إذ لَا يَفسُدُ بِهِ الصَّومُ وَهُوَ الشَّرطُ، وَإِن كَانَ تَقدِيمُهُ عَلَى المَسِيسِ شَرطًا، فَفِيمَا ذَهَبنَا إلَيهِ تَقدِيمُ البَعضِ، وَفِيمَا قُلتُم تَأخِيرُ الكُلِّ عَنهُ. وَلَهُمَا: أَنَّ

وصوم يوم العيدين غير مشروع عند الأئمة الثلاثة، وعندنا ناقص واجب الإفساد فلا يتأدى به الكامل.

وفي صوم أيام التشريق خلاف مالك في الجواز، وقد مرَّ في صوم التمتع.

في المحيط: لو صام شهرين بالأهلّة جاز، وإن كان كل شهرٍ تسعة وعشرين يومًا، وإن صام بغير الأهلة ثم أفطر لتمام تسعة وخمسين يومًا فعليه الاستقبال[(١)].

قوله: (لَيْلًا عَامِدًا أَوْ نَهَارًا نَاسِيًا) في المبسوط: لو أكل في صوم الظهار ناسيًا لصومه لم يضرَّه، وكذا لو جامع غير التي ظاهر منها ناسيًا؛ لأن حُرمة هذا الفعل عليه لأجل الصوم فيختلف بالنسيان والعمد، بخلاف ما لو جامع التي ظاهر منها فعند أبي حنيفة ومحمد: يستأنف، وبه قال مالك وأحمد والثوري وأبي عبيد؛ لأن حرمة ذلك الفعل ليست لأجل الصوم؛ ألا ترى أنه كان محرمًا قبل الشروع في الصوم؛ فيستوي النسيان والعمد[(٢)].

(وقال أبو يوسف) والشافعي وأبو ثور وابن المنذر والظاهرية: **(لا يستأنف؛ لأنه)**؛ أي: جماع التي ظاهر منها **(لا يمنع التتابع إذ لا يفسد به الصوم[(٣)] وهو الشرط)** فصار كوطء غيرها، والتقديم على التماس شرط، وفيما قلنا: تقديم البعض، وفيما قاله الخصم: تأخير الكل عنه.

بخلاف ما إذا وطىء نهارًا عمدًا مَن ظاهر منها أو غيرها فإنه يستأنف بالاتفاق؛ لانقطاع التتابع.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٣٦).

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ١٤).

(٣) في المتن: إذْ لَا يَفْسُدُ بِهِ الصَّوْمُ.

الشَّرطَ فِي الصَّومِ أَن يَكُونَ قَبلَ المَسِيسِ، وَأَن يَكُونَ خَالِيًا عَنهُ ضَرُورَة بِالنَّصِّ، وَهَذَا الشَّرطُ يَنعَدِمُ بِهِ، فَيَستَأنِفُ (وَإِن أَفطَرَ مِنهَا يَومًا بِعُذر أَو بِغَيرِ عُذر استَأنَفَ) لِفَوَاتِ التَّتَابُعِ وَهُوَ قَادِرٌ عَلَيهِ عَادَة (وَإِن ظَاهَرَ العَبدُ ....

قوله: **(وأن يكون خاليًا عنه)**؛ أي: الصوم خاليًا عن الجماع؛ لأن من ضرورة كون الصوم قبل المسيس أن يكون خاليًا عنه، وبالوطء تتعذر القبلية ولا يتعذر الإخلاء عنه، وبالعجز عن أحد الشرطين لا يسقط عنه الشرط الآخر فوجب العمل بما يمكنه وترك ما لا يمكنه.

(وهذا الشرط)؛ أي: القبلية **(ينعدم)** بالجماع لا الإخلاء.

قوله: **(بعذر)** كمرض أو سفر أو نفاس[(١)]؛ لأنه يمكن وجود شهرين خاليين عن المرض والسفر والنفاس فيكون قادرًا عليه عادة.

-وإن كان العذر- [بالحيض؛ لا تستأنف في كفارة القتل والفطر؛ لأنها غير قادرة عليه عادة؛][(٢)] لأنه لا يمكنها صوم شهرين متتابعين لا حيض فيهما.

وفي كفارة اليمين يستأنف؛ لقلة مدته.

ثم منع الإفطار بالمرض المتتابع مذهبنا والشافعي في الجديد والنخعي وابن جبير والثوري.

وقال مالك وأحمد وابن راهوية وأبو عبيد وأبو ثور: لا يمنع. ويُروى ذلك عن ابن عباس وقاسوه بالحيض[(٣)].

وقلنا: التتابع شرطٌ بالنص، والغالب أنها تحيض في كل شهر، فلا يمكنها التتابع بخلاف ما مرَّ.

وفي شرح الطحاوي: لو صام شهرين متتابعين، ثم قدر على الإعتاق قبل [٤٧٩/أ] غروب الشمس في آخر ذلك اليوم؛ يجبُ عليه العتق لقدرته على المبدل قبل فراغه من المقصود [بالبدل] فانتقض حكم البدل؛ كالمتيمم إذا وجد الماء قبل الفراغ من الصلاة.

---

(١) استأنف لفوات التتابع.

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٨/ ٢٧).

لَم يُجْزِ فِي الكَفَّارَةِ إِلَّا الصَّومُ) لِأَنَّهُ لَا مِلكَ لَهُ فَلَم يَكُن مِن أَهلِ التَّكفِيرِ بِالمَالِ (وَإِن أَعتَقَ المَولَى أَو أَطعَمَ عَنهُ لَم يُجزِهِ) لِأَنَّهُ لَيسَ مِن أَهلِ المِلكِ فَلَا يَصِيرُ مَالِكًا بِتَمليكِهِ.

والأفضل أن يتم صوم هذا اليوم، ولو أفطر لا يلزمه القضاء عندنا خلافًا لزفر[1]، وبقولنا قال المزني.

وقال الشافعي ومالك وأحمد: لا يلزمه العتق ولكن يستحب له أن ينتقل إلى العتق[2].

أما لو قدر على الإعتاق بعد غروب الشمس من هذا اليوم؛ جاز صومه عن الكفارة ولا يجب عليه العتق بإجماع العلماء.

قوله: (لم يجز الكفارة إلا الصوم)، وبه قال الشافعي وأحمد، وهو مروي عن الحسن. وقال ابن القاسم المالكي: لو أطعم بإذن مولاه أجزأه، ولو أعتق لا يجزئه. وقال الأوزاعي: يجزئانه بإذنه إذا لم يقدر على الصيام[3].

وكذا لو كَفَّرَ المولى بهما عنه **(لم يجزه)** عندنا؛ **(لأنه ليس من أهل الملك فلا يصيرُ مالكًا بتمليكه)**؛ لقوله عليه السلام: «**لا يملك العبد ولا يُمَلِّكُهُ مولاه**»، بخلاف ما إذا أحرم العبد بإذن المولى وأُحصِرَ ثم أراق المَولَى الدم عنه؛ يجوز؛ لأن العبد مضطر هاهنا إلى تمليك المال لعدم مشروعية الصوم بخلاف كفارة الظهار.

فإن قيل: ينبغي أن يثبت عتقه ضمنًا اقتضاءً.

قلنا: إنما يصح ذلك لو كان تبعًا، والعتق أصل الأهلية فلا يثبتُ اقتضاءً [لو كان][4] كذا[5]. وليس بقوي.

ثم إذا كفَّر العبد بالصوم [فليس] للمولى [أن يمنعه]، بخلاف كفارة اليمين والنذر فإن له منعه عنه.

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ١٠).
(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٣/ ١٤١).
(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٨/ ٣٨).
(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٥) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ١٠).

....

وفي المدوّنة: إن تضرر المولى بصومه منعه[١].

وفي خزانة الأكمل: لا يصوم مَن له خادم بخلاف المَسكن. وبه قال الأوزاعي ومالك، والدار كالخادم عنده.

وفي الجواهر: ويجزئ الصوم لمن يقدر على رقبةٍ يحتاج إليها لخدمته[٢].

وقال الشافعي والليث: يجوز الصوم مع وجود الخادم، واعتبراه بالماء المعدّ للعطش، والفرق بينهما عندنا أن المأمور بإمساكه لعطشه واستعماله محظور عليه بخلاف الخادم. ذكره الرازي في أحكام القرآن[٣]. ويردّ عليه المسكن.

وجوابه: أنه بمنزلة لباس أهله، بخلاف الخادم.

وفي الاسبِيجابي: يعتبر اليسار والإعسار وقت التكفير؛ -أي: وقت الأداء-، وبه قال مالك.

وقال أحمد والظاهرية: وقت وجوبه.

وللشافعي فيه أقوال أحدها كقولنا، والثاني كقول أحمد، والثالث يعتبر أغلظ الحالين.

ولو أعتق أجنبي عن ظهاره لا يجزئه وإن كان بأمره؛ لما فيه من التزام الولاء، وقال ابن القاسم المالكي: لو لم يعلم به جاز، وقال عبد الملك منهم: لا يجزئه وكذا قال أشهب. وقال أبو يوسف والثوري ومالك والشافعي وأبو ثور: يجزئه إن كان بأمره.

ولو أعتقه على مال لم يجزئه بالاتفاق، وإن وهب المال للعبد.

ظن أنه ظاهر منها فأعتق، ثم تبيَّن أنه ظاهر من غيرها لا يجزئه. ذكره في العيون.

---

(١) انظر: عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٥٥٩).

(٢) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٥٥٨).

(٣) أحكام القرآن للجصاص (٥/ ٣١٣).

(وَإِذَا لَم يَستَطِع المُظَاهِرُ الصِّيَامَ أطعَمَ سِتِّينَ مِسكِينًا) لِقَولِهِ تَعالَى: ﴿فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة: ٤] (وَيُطعِمُ كُلَّ مِسكِين نِصفَ صَاع مِن بُرٍّ أَو

وفيه: نية كفارة عَمرة لا تجزئه عن نية كفارة زينب.

إعتاق العبد الحربي في دار الحرب [لا](١) يجزئه عن الكفارة، والمستأمن يجزئه.

قوله: (وإذا لم يستطع المظاهر الصيام) لكبرٍ أو مرض لا يُرجى زواله **(أطعم ستين مسكينًا)** كذا النص.

(نصف صاع من بُرٍّ) وهو مُدّان، والصاع أربعة أمداد.

وقال الشافعي: أطعم مدًّا من طعام، ويجب ذلك من غالب قوت البلد من الحبوب والثمار التي تجب فيها الزكاة(٢).

وقال مالك: يجب مدٌّ بمُدِّ هشام، وهو مُدَّان بمُدِّ النبي ﷺ، وقيل: إنه دونهما؛ لأنه عليه السلام نصَّ على مُدَّين في فدية الأداء والظهار مثله(٣).

وقال أحمد: يجب من البر مدٌّ وَمن التمر والشعير مُدّان؛ لأنه رُوي عن عطاء عن أوس أخي عبادة بن الصامت أنه عليه السلام «أعطى خمسة عشر صاعًا من شعير»(٤). قال أبو داود: وهو منقطع؛ لأن عطاء لم يلق أوسًا(٥).

ولنا: حديث أوس بن الصامت كما ذكر في المتن رواه أبو داود وأحمد والخلال.

وفي رواية أبي داود «بعَرَقٍ من تمر» والعَرَق: ستون صاعًا. رواه أحمد وأبو داود(٦).

وروى الأثرم بإسناده عن عمر «أطعم صاعًا من تمر أو شعير، أو نصف صاع من بُرٍّ».

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) انظر: البيان للعمراني (١٠/ ٣٩١).
(٣) انظر: المعونة للقاضي عبدالوهاب (١/ ٨٩٥).
(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٨/ ٣١).
(٥) سنن أبي داود (٢/ ٢٦٧، برقم ٢٢١٨).
(٦) أخرجه أحمد (٦/ ٤١٠، برقم ٢٧٣٦٠)، وأبو داود (٢/ ٢٦٦، برقم ٢٢١٤).

صَاعًا مِن تَمر أَو شَعِير أَو قِيمَةَ ذَلِكَ) لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثِ أَوسِ بنِ الصَّامِتِ وَسَهلِ بنِ صَخر: «لِكُلِّ مِسكِين نِصفُ صَاعٍ مِن بُرٍّ»، وَلِأَنَّ المُعتَبَرَ دَفعُ حَاجَةِ اليَومِ لِكُلِّ مِسكِين فَيُعتَبَرُ بِصَدَقَةِ الفِطرِ، وَقَولُهُ: أَو قِيمَةُ ذَلِكَ مَذهَبُنَا وَقَد ذَكَرنَاهُ فِي الزَّكَاةِ (فَإِن أَعطَى مَنًّا مِن بُرٍّ وَمَنَوَينِ مِن تَمر أَو شَعِير جَازَ) لِحُصُولِ المَقصُودِ إِذ الجِنسُ مُتَّحِدٌ ....

قوله: (أو قيمة ذلك)؛ أي: من غير الأعداد المنصوصة؛ إذْ في المنصوصة لا يجوز إذا كان أقل مما قدره الشرع، وإن كان أكثر من آخر أو مثله؛ لأنه لا اعتبار للمعني في المنصوص عليه.

(وسهل بن صخر) كذا أورده المستغفري.

[٤٧٩/ب] وفي المغرب والمبسوط وشرح المصابيح: سَلَمة بن صخر البياضي[(١)].

قوله: (فيعتبر بصدقة الفطر) ولكن بينهما فرق؛ فإنه يجوز التفريق في صدقة الفطر؛ بأن أدى منًّا من الحنطة إلى مسكين ومنًّا آخر إلى آخر، وهاهنا لا يجوز التفريق مثل صدقة الفطر؛ بل يجب عليه أن يتم على ذلك المسكين، فإن لم يجده استأنف على غيره؛ لأن المعتبر في صدقة الفطر المقدار دون العدد.

وفي الكفارة العدد بالنص، قال تعالى: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًاۚ﴾ [المجادلة ٤] كذا في مبسوط فخر الإسلام وشرح الطحاوي.

قوله: (لحصول المقصود) وهو دفع حاجة يومه؛ (إذِ الجنس متحد)؛ أي: من حيث الإطعام وردّ الجوعة؛ لأن المقصود من البُرِّ والتمر والشعير الإطعام فيجوز تكميل أحدهما بالآخر؛ حتى لو أطعم خمسة مساكين في كفارة اليمين بطريق الإباحة وكَسَا خمسةً أُخَر، والكسوة أرخصُ من الطعام؛ لم يجزئه لما أن المقصود بالكسوة غير المقصود من الطعام؛ ألا ترى أنه يجوز الإطعام بالإباحة دون الكسوة؛ فلو جوَّزنا من كل واحد النصف يكون نوعًا رابعًا، والمنصوص

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمُطَرِّزيّ (ص١٩)، المبسوط للسرخسي (٦/ ٢٤٤).

(وَإِن أَمَرَ غَيرَهُ أَن يُطعِمَ عَنهُ مِن ظِهَارِهِ فَفَعَلَ أَجزَأَهُ) لِأَنَّهُ استِقرَاضٌ مَعنى، وَالفَقِيرُ قَابِضٌ لَهُ أَوَّلًا ثُمَّ لِنَفسِهِ فَتَحقَّقَ تَمَلُّكُهُ ثُمَّ تَملِيكُهُ ....

عليه ثلاثة أنواع لا غير. ذكره في المبسوط[١].

وكذا لو أطعم ثلاثين مسكينًا أو صام شهرًا وأعتق نصف رقبة لا يجوز؛ لأن نصف الرقبة ليس برقبة كاملة [وإكمال الأصل بالبدل غير ممكن؛ لأنهما لا يجتمعان.

فإن قيل: لو أعتق نصف رقبتين بأن كان بينه وبين شريكه عبدان؛ فأعتق نصيبه منهما عن الكفارة؛ لا يجوز مع أن الجنس متحد من حيث الإعتاق.

قلنا: نصف الرقبتين ليس برقبة كاملة؛][٢] إذِ الشَّرِكةُ في كل رقبة تمنع التكفير، بخلاف الأضحية بأن ذبحا شاتين بينهما عن أضحيتهما؛ حيث يجوز فإن الشركة لا تمنع الأضحية كما في البدنة. كذا في المبسوط[٣].

قوله: (والفقير قابضٌ له أولًا)؛ أي: نيابة عن الآمر **(ثم لنفسه فتحقق تملكه)**؛ أي: تملك الآمر **(ثم تمليكه)** إلى الفقير كما لو وهب الدين مَن غير من عليه الدين، وأمره بقبضه؛ يجوز؛ لأنه يصير قابضًا للواهب ثم يجعله لنفسه. كذا هاهنا.

ولا يقال: كيف يجعل الفقير نائبًا وهو مجهول، والرضا بكونه نائبًا شرط؟

لأنا نقول: إنما تراعَى شرائط النيابة إذا كانت قصدية لا ضمنية؛ لما عرف أن ما ثبت ضمنًا لا تراعَى شرائطه، وهذا كمن أمر إنسانًا بأداء الزكاة من ماله [فليس] للمأمور أن يرجع على الآمر به؛ لأنه يحتمل الهبة والقرض فلا يرجع بالشك.

وعن أبي يوسف: يرجع ويجعل قرضًا؛ لأنه أدناهما ضررًا إذْ رجوع بدله إليه كرجوعه، واعتبره بدين العباد؛ إذِ الكفارة دين فكأنه لم يخرج عن ملكه. كذا

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٨/ ١٥١).
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية والثالثة والمبسوط.
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ١٠).

(فَإِن غَدَّاهُم وَعَشَّاهُم جَازَ قَلِيلًا كَانَ مَا أَكَلُوا أَو كَثِيرًا) ....

في جامع قاضي خان[١].

ويردّ على ظاهر الرواية: التزوج على عبد الغير أو ثوب الغير؛ فإنه يجعل فيهما قرضًا لا هبة وإن كان في القرض شك.

والفرق أن في الإطعام معنى القربة ومعنى الصدقة؛ فيقصد بذلك الثواب والأجر دون المال بخلاف غيره.

ومنهم من يقول: الصدقة تقع في يد الرحمن قبل أن تقع في يد المحتاج؛ ولهذا لا تضر الجهالة في الصدقة لأن القابض معلوم؛ ولهذا لو تصدَّق بدار تحتمل القسمة على فقيرين؛ جاز، وعلى غِنيَّين؛ لا يجوز.

قوله: (فَإِنْ غَدَّاهُمْ وَعَشَّاهُمْ جَازَ) الرواية بالواو لا بأو؛ فإن التغدية الواحدة من غير التعشية أو التعشية من غير التغدية؛ لا تجوز. ذكره في المبسوط والمحيط. وفي المجرد عن أبي حنيفة: لو غدّا ستين مسكينًا وعشى آخرين لا يجوز[٢].

وفي بعض نسخ الهداية: (أو عشاهم) أراد به غدائين أو عشاهم عشائين. ذكر في المبسوط والمحيط: فعلم أن المراد غداءان، أو عشاءان، أو غداء وعشاء، أو عشاء وسحور[٣].

(قليلًا كان ما أكلوا أو كثيرًا)؛ أي: بعد ما شبعوا؛ إذِ المعتبر الشبع لا المقدار؛ لما ذكرنا أن المقصود دفع حاجة اليوم.

في المحيط: المعتبر أكلتان مشبعتان، ولا يعتبر فيه مقدار الطعام؛ حتى لو قدَّم أربعة أرغفة أو ثلاثة في كفارة اليمين بين يدي عشرة وشبعوا؛ أجزأه وإن لم يبلغ ذلك صاعًا أو نصف صاع.

ولو كان أحدهم شبعان هل يجوز؟ اختلف المشايخ فيه:

قال بعضهم: يجوز؛ لأنه وجد إطعام العشرة.

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ١١). (٢) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٣٧).
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ١٥).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يُجزِئُهُ إِلَّا التَّملِيكُ اعتِبَارًا بِالزَّكَاةِ وَصَدَقَةِ الفِطرِ، وَهَذَا لِأَنَّ التَّملِيكَ أَدفَعُ لِلحَاجَةِ فَلَا يَنُوبُ مَنَابَهُ الإِبَاحَةُ. وَلَنَا: أَنَّ المَنصُوصَ عَلَيهِ هُوَ الإِطعَامُ وَهُوَ حَقِيقَةٌ فِي التَّمكِينِ مِن الطُّعمِ، وَفِي الإِبَاحَةِ ذَلِكَ كَمَا فِي التَّملِيكِ، أَمَّا الوَاجِبُ فِي الزَّكَاةِ الإِيتَاءُ، وَفِي صَدَقَةِ الفِطرِ الأَدَاءُ ....

وقال بعضهم: لا يجوز؛ لأن المأخوذ عليه إشباع العشرة ولم يوجد[١].

وبقولنا قال مالك والنخعي.

وقال الشافعي وأحمد: الواجب فيه التمليك دون الإباحة.

وقال حمدان بن سهل: لا يتأدى الإطعام بالتمليك بل يتأدى بالتمكين فقط؛ لظاهر قوله: ﴿فَإِطۡعَامُ سِتِّينَ مِسۡكِينٗاۚ﴾ والإطعام فعل مُتعدٍّ لازمه طعم يطعم؛ أي: لازم الإطعام، وذلك الأكل دون التمليك ففي التمليك لا يوجد [٤٨٠/أ] حقيقة الإطعام؛ بل يوجد في التمكين، والكلام محمول على حقيقته.

والشافعي يقيسه على الزكاة وصدقة الفطر، والكسوة والإطعام تذكر للتمليك عمدًا عرفا؛ يقول الرجل لغيره: أطعمتُكَ هذا الطعام؛ أي: ملكتكَ، والمقصود سَدُّ خُلَّة المسكين وإغناؤه، وذلك يحصل بالتمليك دون التمكين.

وقلنا: (**المنصوص عليه هو الإطعام وهو حقيقة في التمكين**)؛ يعني جعل الغير طاعمًا.

(**وفي الإباحة ذلك**)؛ أي: الإطعام (**كما في التمليك**) فيتأدى الواجب بكل واحد منهما؛ فكانت الإباحة ثابتة بالنص، والتمليك في معناه بل هو فوقه فيما هو المقصود، وهو سَدُّ خُلّة المحتاج وإغناؤه؛ فيجوز بمعنى النص، وقد قال عليه السلام لكعب بن عجرة في فدية الأذى: «**أطعمْ ثلاثةَ آصعٍ ستةَ مساكينِ**»[٢]، وأطعم أنس رضي الله عنه في فدية الصيام.

(**أما الواجب في الزكاة الإيتاء**[٣]**وفي صدقة الفطر الأداء**) وهو التمليك

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ١٥).

(٢) أخرجه البخاري (٣/ ١٠، برقم ١٨١٦)، ومسلم (٢/ ٨٦١، برقم ١٢٠١).

(٣) في المتن المطبوع: أما الواجب في الزكاة الإيتاء.

وَهُمَا لِلتَّمْلِيكِ حَقِيقَةٌ (وَلَو كَانَ فِيمَن عَشَّاهُم صَبِيٌّ فَطِيمٌ لَا يُجزِئُهُ) ....

(وهما للتمليك حقيقة)، وقياسُه على الزكاة وصدقة الفطر مخالف للقرآن والحديث.

وفي الكافي: الأصل أن الإباحة فيه تصح في الكفارات ككفارة الظهار والإفطار واليمين وجزاء الصيد، والفدية دون الصدقات كالزكاة وصدقة الفطر والحلق عن الأذى والعُشر؛ فإنه يشترك فيه التمليك[١].

والضابط: أن ما شرط بلفظ الإطعام، والطعام يجوز فيه الإباحة، وما ورد بلفظ الإيتاء والأداء يشترط فيه التمليك.

فإن قيل: الإطعام لا يخلو من أن يكون حقيقة للتمليك والإباحة أو حقيقة لأحدهما مجازًا للآخر، أو يكون مجازًا لهما، وأيًّا ما كان؛ لا يجوز أن تكون الإباحة مرادة؛ لئلا يلزم تعميم المشترك أو الجمع بين الحقيقة والمجاز أو المجازين؛ إذِ التمليك مراد بالإجماع.

قلنا: جواز التمليك عندنا بدلالة النص، والدلالة لا تمنع العمل بالحقيقة كما في حُرمة الشتم؛ وجه الدلالة: أن الإباحة جُزء من التمليك تقديرًا؛ لأن حوائج المساكين كثيرة، والملك سبب لنقصانها؛ فصار التمليك كقضائها كلها، والأكل من هذه الحوائج؛ فيتناول النص جزءها فتصح التعدية إلى كلها؛ لاشتماله عليه وعلى غيره فيكون عملًا بالنص معنى.

بخلاف الكسوة فإن النص يتناول التمليك؛ لأنه جعل الثوب كفارة؛ إذِ الكِسوة -بكسر الكاف- اسم للثوب فوجب التكفير بعين الثوب وإنما يكون كذلك بالتمليك دون الإعارة؛ لأنها تصرفُ في المنفعة، فكان النص واقعًا على التمليك الذي هو قضاء لكل الحوائج فلم يصلح تعديته إلى جزءها وهو الإباحة، وفي الإطعام واقع على الإباحة فتصح تعديته إلى التمليك كما ذكرنا.

فإن قيل: قد قرئ في السبعة: ﴿أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾ بفتح الكاف، وهو مصدرٌ؛ فكان كالإطعام فينبغي أن تجوز فيه الإباحة كما في الإطعام؛ عملًا بهذه القراءة.

قلنا: المراد منه التمليك؛ لأن الإباحة لا تجوز في الكسوة بالإجماع

(١) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ١١).

لِأَنَّهُ لَا يَستَوفِي كَامِلًا، وَلَا بُدَّ مِن الإِدَامِ فِي خُبزِ الشَّعِيرِ لِيُمكِنَهُ الِاستِيفَاءُ إِلَى الشِّبَعِ، وَفِي خُبزِ الحِنطَةِ لَا يُشتَرَطُ الإِدَامُ.

(وَإِن أَطعَمَ مِسكِينًا وَاحِدًا سِتِّينَ يَومًا أَجزَأَهُ، ....

فيحمله على الكسر؛ إذْ بالفتح تجيء بمعنى الثوب.

وأما في صدقة الحلق عن الأذى؛ فعند محمد: يشترط فيه التمليك؛ لأن المنصوص عليها الصدقة؛ فتنصرف إلى التمليك كصدقة الفطر.

وعند أبي يوسف: يجوز فيها الإباحة؛ لأنها كفارة فتعتبر بسائر الكفارات.

قوله: (لأنه)؛ أي: الصبي الفطيم **(لا يستوفي كاملًا)** فإن قيل: يجزئ في البالغين قليلًا ما أكلوا أو كثيرًا فينبغي أن يجزئه في الفطيم.

قلنا: صلاحية الأكل التام أقيمت مقام الأكل التام فيهم، وما نحن فيه بخلافه؛ لاعتماد المُكَفِّرِ عدمَ تمكينه الاستيفاء فلا يحصل به الزجر، والمقصود من الكفارة الزجر.

قوله: (لِيُمْكِنَهُ الِاسْتِيفَاءُ إِلَى الشِّبَعِ)، وكذا في الذُّرَةِ والدُّخْنِ؛ لأنهما دونه بخلاف خبز الحنطة؛ لأن إدامته فيها، لا سيما إذا كان الخبز سخنًا، وإنما يتوقف أكله على الإدام عند أهل الرفاهية دون المساكين.

قوله: (مسكينًا واحدًا ستين يَومًا أَجْزَأَهُ)، وهو رواية عن أحمد(١).

وقال الشافعي: لا يجوز(٢)، وهو ظاهر مذهب أحمد(٣)؛ اعتبارًا للعدد المنصوص، والمسكين الواحد بتكرر الأيام لا يصير ستين مسكينًا وهو مذهب أكثر العلماء، وهذا الخلاف في التمليك من مسكين واحد فإن الإباحة لا تجوز عندهما.

وقلنا: المقصود سَدُّ خُلَّةِ المسكين وردِّ جوعته، وذا يتجدد بتجدد الأيام، فكان هو في اليوم الثاني كمسكين [٤٨٠/ب] آخر بتجدد سبب الاستحقاق؛

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٨/ ٣٠).
(٢) انظر: البيان للعمراني (١٠/ ٣٩١).
(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٨/ ٢٩).

وَإِن أعطَاهُ فِي يَوم وَاحِد لَم يُجزِهِ إِلَّا عَن يَومِهِ) لِأَنَّ المَقصُودَ سَدُّ خَلَّةِ المُحتَاجِ، وَالحَاجَةُ تَتَجَدَّدُ فِي كُلِّ يَوم، فَالدَّفعُ إِلَيهِ فِي اليَومِ الثَّانِي كَالدَّفعِ إِلَى غَيرِهِ، وَهَذَا فِي الإِبَاحَةِ مِن غَيرِ خِلَاف. وَأَمَّا التَّملِيكُ مِن مِسكِين وَاحِد فِي يَوم وَاحِد بِدَفَعَات، فَقَد قِيلَ: لَا يُجزِئُهُ، وَقَد قِيلَ: يُجزِئُهُ، ....

ولهذا لو (**أعطاه في يوم واحد لم يجزه إلا عن يومه**) سواء دفعه بدفعة واحدة أو بدفعات؛ لأن الواحد لا يستوفي في اليوم الواحد طعام ستين مسكينا فلم يوجد العدد حقيقة وحكمًا لعدم تجدد الحاجة، وهذا إشارة إلى قوله: (لم يجزئه إلا عن يومه).

(**في الإباحة من غير خلافٍ**) بين أصحابنا؛ لما ذكرنا أن الواحد في اليوم الواحد لا يستوفي طعام ستين مسكينًا.

(**فقد قيل لا يجزئه**) وفي المحيط: هو الصحيح[1]؛ لأن المعتبر سَدُّ الخلّة، ولهذا لا يجوز صرفه إلى الغني؛ لأنه طاعم بملكه، وإطعام الطاعم محال كتمليك المالك، وبعد ما استوفى وظيفته لا يحصل سد خلته بصرف وظيفة أخرى في هذا اليوم إليه.

بخلاف كفارة أخرى؛ حيث يجوز؛ لأن المُستَوفي في حكم تلك الكفارة كالمعدوم، ولا يمكن أن يجعل مثله في هذه الكفارة.

وبخلاف الثوب؛ لأن تجدد الحاجة إليه تختلف أحوال الناس فيه فلا يمكن تعليق الحكم بعينه؛ لتعذر الوقوف عليه فيقام تجدد الأيام فيه مقام تجدد الحاجة تيسيرًا[2].

(**وقد قيل: يجزئه**)؛ لأن التمليك أقيم مقام حقيقة الإطعام، والحاجة بطريق التمليك ليس لها نهاية؛ فإذا فرّق الدفعات جاز ذلك في يوم واحد كما في الأيام، واستدلوا على هذا بما ذكر في كتاب الأيمان: أنه لو كسا مسكينًا واحدًا في عشرة أيام كسوة عشرة مساكين؛ أجزأه؛ لتفرق الفعل، وإن انعدم تجدد الحاجة في كل يوم؛ والدليل عليه: أنه بعدما أخذ وظيفته في هذا اليوم لو

---

(١) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/٤٣٨).

(٢) انظر: المبسوط للسَّرَخسِي (٧/١٨).

لِأَنَّ الحَاجَةَ إِلَى التَّمليكِ تَتَجَدَّدُ فِي يَوم وَاحِد، بِخِلَافِ مَا إِذَا دَفَعَ بِدَفعَة وَاحِدَة، لِأَنَّ التَّفرِيقَ وَاجِبٌ بِالنَّصِّ.

(وَإِن قَرُبَ الَّتِي ظَاهَرَ مِنهَا فِي خِلَالِ الإِطعَامِ لَم يَستَأنِف) لِأَنَّهُ تَعَالَى مَا شَرَطَ فِي الإِطعَامِ أَن يَكُونَ قَبلَ المَسِيسِ، إِلَّا أَنَّهُ يُمنَعُ مِن المَسِيسِ قَبلَهُ، لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَقدِرُ عَلَى الإِعتَاقِ أَو الصَّومِ فَيَقَعَانِ بَعدَ المَسِيسِ، وَالمَنعُ لِمَعنى فِي غَيرِهِ لَا يَعْدِمُ المَشرُوعِيَّةَ فِي نَفسِهِ.

صرف إليه رَجل آخر طعام مسكين عن كفارته [يجوز ذلك][1]؛ فكذا إذا صرف إليه ذلك الرجل طعام مسكين آخر.

(بخلاف ما إذا دفع) إليه (بدفعة واحدة)؛ حيث لا يجوز؛ لأن الواجب عليه تفريق الفعل بالنص، فإذا جمع لا يجزئه إلا عن واحد كالحاجِّ إذا رمى الحصيات السبع دفعةً واحدة. كذا في المبسوط[2].

قوله: (**لم يستأنف**)، وبه قال: الشافعي[3] وأحمد[4].

وقال مالك: يستأنف واعتبره بالصوم[5].

وقلنا: النص في الإطعام مُطلق غير مقيد بما قبل المسيس، وشرط الإخلاء عن المسيس من ضرورة التقديم على المسيس، وهو منصوصٌ عليه في الإعتاق والصوم دون الإطعام، ولا يُحمَلُ المطلق على المقيد وإن وردا في حادثة واحدة بعد أن يكونا حكمين.

قوله: (**والمنعُ لمعنًى في غيره**) وهو توهم على القدرة على الإعتاق أو الصيام (**فلا يعدم المشروعية**) كالبيع وقت النداء.

وفي الإسْبِيجابي: يجب تقديم الإطعام على الوطء، فلو وطئها فيه؛ لا يستأنف.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من المبسوط (٧/ ١٧).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ١٧).
(٣) انظر: البيان للعمراني (١٠/ ٣٩٥).
(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٨/ ٣٢).
(٥) انظر: التبصرة للخمي (٥/ ٢٣٤٥).

(وَإِذَا أَطعَمَ عَن ظِهَارَينِ سِتِّينَ مِسكِينًا، كُلَّ مِسكِين صَاعًا مِن بُرٍّ لَم يُجزِهِ إِلَّا عَن وَاحِد مِنهُمَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُجزِئُهُ عَنهُمَا(*)، وَإِن أَطعَمَ ذَلِكَ عَن إِفطَارٍ وَظِهَارٍ أَجزَأَهُ عَنهُمَا) لَهُ: أَنَّ بِالمُؤَدَّى وَفَاء بِهِمَا، وَالمَصرُوفُ إِلَيهِ مَحِلٌّ لَهُمَا، فَيَقَعُ عَنهُمَا كَمَا لَو اختَلَفَ السَّبَبُ أَو فَرَّقَ فِي الدَّفعِ. وَلَهُمَا: أَنَّ النِّيَّةَ فِي الجِنسِ الوَاحِدِ لَغوٌ وَفِي الجِنسَينِ مُعتَبَرَةٌ، وَإِذَا لَغَت النِّيَّةُ وَالمُؤَدَّى يَصلُحُ كَفَّارَة وَاحِدَة، لِأَنَّ نِصفَ الصَّاعِ أَدنَى المَقَادِيرِ، فَيَمنَعُ النُّقصَانَ دُونَ الزِّيَادَةِ فَيَقَعُ

قوله: (أطعم عن ظهارين) سواء كانا من امرأة واحدة أو من امرأتين.

قوله: (أَجْزَأَهُ عَنْهُمَا)؛ أي: عن الإفطار والظهار بالاتفاق.

قوله: (في الجنس الواحد لغو) لأن نية التعيين لتبيين المجمل، أو لتمييز المشترك، ولا يوجد ذلك في الجنس الواحد][1]، بخلاف الجنسين فإنها معتبرة فيهم؛ ألا ترى أن مَن كان عليه قضاء أيام من رمضان فنوَى صوم القضاء؛ جاز ولا تجب فيه نية التعيين، [وفي قضاء رمضان وصوم النذر يفتقر إلى تعيين النية][2]؛ لاختلاف جنسهما. كذا في المبسوط[3].

فإن قيل: لو أعتق عبدًا عن أحد الظهارين بعينه؛ تصح نية التعيين، ولم يجعل لغوًا في جنس واحد؛ ولهذا حل وطء التي عَيَّنَها.

قلنا: أفادت [الحل] التي رفعت حُرمتها بعينها.

فإن قيل: تعلق بنية الظهارين غرض صحيح؛ وهو: رفع الحرمة عنهما، فوجب أن يصح.

قلنا: إعتاق الرقبة يصلح كفارة عن أحد الظهارَين قدرًا ومحلًّا؛ فصحت بنيته، فأما إطعام ستين مسكينًا كل مسكين صاعًا إن كان يصلح عن الظهارين قدرًا لا يصلح محلًّا لهما؛ لأن محل الظهارين مائة وعشرين مسكينًا عند عدم التفريق، فإذا [زاد][4] في الوظيفة ونقص عن المحل؛ وجب أن يعتبر قدر المحل احتياطًا،

(*) الراجح: قول الشيخين.

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ١٠).

(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

عَنهُمَا كَمَا إِذَا نَوَى أَصلَ الكَفَّارَةِ بِخِلَافِ مَا إِذَا فَرَّقَ فِي الدَّفعِ، لِأَنَّهُ فِي الدَّفعَةِ الثَّانِيَةِ فِي حُكمِ مِسكِين آخَرَ (وَمَن وَجَبَت عَلَيهِ كَفَّارَتَا ظِهَار فَأَعتَقَ رَقَبَتَينِ لَا يَنوِي عَن إِحدَاهُمَا بِعَينِهَا جَازَ عَنهُمَا، وَكَذَا إِذَا صَامَ أَربَعَةَ أَشهُر أَو أَطعَمَ مِائَة وَعِشرِينَ مِسكِينًا جَازَ) لِأَنَّ الجِنسَ مُتَّحِدٌ فَلَا حَاجَةَ إِلَى نِيَّة مُعَيَّنَة (وَإِن أَعتَقَ عَنهُمَا رَقَبَة وَاحِدَة أَو صَامَ شَهرَينِ كَانَ لَهُ أَن يَجعَلَ ذَلِكَ عَن أَيِّهِمَا شَاءَ، وَإِن أَعتَقَ عَن ظِهَار وَقَتل لَم يَجز عَن وَاحِد مِنهُمَا) وَقَالَ زُفَرُ: لَا يُجزِئهُ عَن أَحَدِهِمَا فِي الفَصلَينِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهُ أَن يَجعَلَ ذَلِكَ عَن أَحَدِهِمَا فِي الفَصلَينِ، لِأَنَّ الكَفَّارَاتِ كُلَّهَا بِاعتِبَارِ اتِّحَادِ المَقصُودِ جِنسٌ وَاحِدٌ. وَجهُ قَولِ زُفَرَ: ....

كما لو أعطى ثلاثين مسكينًا كل واحد صاعًا. إليه أشير في الفوائد الظهيرية.

واشتمال فائدة انتهاء الحرمتين غير معتبر؛ لأن الشرع لما أسقط اعتبار نية التعيين والتوزيع في الجنس الواحد وإن كان الحكم فيه خلوها عن الفائدة؛ سقط اعتبار المعنى في كل فرد وبدون الحكم مع اتحاد الجنس وجودًا وعدمًا على ما عُرف. كذا في الخبازية.

قوله: (وإن أعتق عن ظهار وقتل؛ لم يجْز [عن واحد] منهما) قالوا: لو أعتق رقبة كافرة عنهما [تقع عن الظهار](١). ذكره [٤٨١/أ] التمرتاشي(٢).

(له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء)؛ أي: استحسانًا.

وفي القياس: **(لا يجزئه)**، وهو قول زفر؛ لخروج الأمر من يده على ما يجيء.

(في الفصلين)؛ أي: الجنس المتّحد وغيره.

(باعتبار اتحاد المقصود) وهو الستر **(جنس واحد)**؛ ولذا حُمِلَ المُطلق في أحدهما على المقيد في الأخرى.

وقال أبو ثور: في الظهارين يُقرِع وأيتهما أصابتها القرعة؛ حل وطئها.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٢) أي: صحت عن الظهار استحسانا؛ لأن الكافرة لا تصلح لكفارة القتل فتعينت للظهار. تبيين الحقائق (٣/ ١٣).

أَنَّهُ أَعتَقَ عَن كُلِّ ظِهَارٍ نِصفَ العَبدِ، وَلَيسَ لَهُ أَن يَجعَلَ عَن أَحَدِهِمَا بَعدَمَا أَعتَقَ عَنهُمَا لِخُرُوجِ الأَمرِ مِن يَدِهِ. وَلَنَا: أَنَّ نِيَّةَ التَّعيِينِ فِي الجِنسِ المُتَّحِدِ غَيرُ مُفِيد فَتَلغُو، وَفِي الجِنسِ المُختَلِفِ مُفِيدَةٌ، وَاختِلَافُ الجِنسِ فِي الحُكمِ وَهُوَ الكَفَّارَةُ هَاهُنَا بِاختِلَافِ السَّبَبِ ....

قوله: (أعتق عن كل ظهار نصف العبد)؛ لأنه لما أعتق عنهما انقسم عليهما؛ فيصير من كل واحد نصفَه، وهذا لأنهما وجبا بسببين؛ فصارا -غيرين- كالظهار والقتل، وإذا وقع عنهما ليس له أن يجعله عن أحدهما **(لخروج الأمر من يده)**.

قوله: (فَتَلْغُو)؛ أي: نية الظهارين؛ فبقي الإعتاق عن الظهار مطلقًا، ولو أطلق؛ جاز عن أحدهما ثم له التعيين فكذا عند لغو تعيين النية، وصار [كمن] عليه قضاء أيام من رمضان فعليه نية القضاء لا تعيين اليوم بأنه صوم يوم السبت أو الأحد.

بخلاف المختلف الجنس كما في القتل والظهار فلابدَّ من التعيين ولم يوجد؛ فوقع عن كل واحدٍ نصف العبد؛ لأنه توزيع، ونية التوزيع في الجنس المختلف معتبرة، ونصف العبد لا يصلح للتكفير كمن عليه قضاء يوم من رمضان وصوم نذر، فنوى من الليل أن يصوم غدًا عنهما؛ فإنه لا يصيرُ صائمًا أصلًا.

فإن قيل: لو نوى ظُهرين من يومين فإنه لا يجوز عن واحد وإن اتحد الجنس.

قلنا: إنما احتيج إلى نية التعيين لكل يوم؛ لأن وقت الظهر من اليوم الثاني غير الأول حقيقة وحكمًا، أما الحقيقة فظاهر، وكذا حكمًا؛ لأن الخطاب ما علق بوقت يجمعهما بل علقا بدلوك الشمس، والدلوك في اليوم الثاني غير الدلوك في اليوم الأول بخلاف قضاء رمضان؛ لأن الخطاب بزمان يجمعهما وهو الشهر فلا يحتاج إلى تعيين يوم السبت أو الأحد، حتى لو قال: في قضاء من رمضانين؛ شرط التعيين. ذكره قاضي خان في فتاواه[1].

---

(١) فتاوى قاضي خان (١/ ٣٩).

نَظِيرُ الأَوَّلِ: إِذَا صَامَ يَومًا فِي قَضَاءِ رَمَضَانَ عَن يَومَينِ يُجزِئهُ عَن قَضَاءِ يَوم وَاحِدٍ. وَنَظِيرُ الثَّانِي: إِذَا كَانَ عَلَيهِ صَومُ القَضَاءِ وَالنَّذرِ، فَإِنَّهُ لَا بُدَّ فِيهِ مِن التَّمييزِ، وَاَللَّهُ أَعلَمُ.

ولو نوى ظهرًا وعصرًا أو ظهرًا وصلاة جنازة: لم يكن شارعًا بواحدة منهما؛ للتنافي وعدم الرجحان.

ولو نوى ظهرًا ونفلًا: لم يصر شارعًا أصلًا عند محمد؛ لأنهما للتنافي وعدم الرجحان، وعن أبي يوسف -وهو رواية عن أبي حنيفة-: يقع عن الظهر؛ لأنه أقوى.

ولو نوى صوم القضاء والنفل، والزكاة والتطوع، أو الحج المنذور والتطوع؛ يكون تطوعًا عند محمد في الكل؛ لأن النيتين بطلتا بالتعارض وبقي مطلق النية فصار نفلًا. وعند أبي يوسف: يقع عن الأقوى؛ لأنه لما تعارضت النيتان وجب الترجيح بالأقوى وهو الفرض أو الواجب.

ولو نوى حج الإسلام فهو حج الإسلام اتفاقًا. أما عند أبي يوسف فظاهر، وأما عند محمد؛ فلأن الحج يتأتى بمطلق النية. كذا في الكافي[١].

قوله: (نظير الأول) وهو متحد الجنس، **(ونظير الثاني)** وهو مختلف الجنس.

مسائل تتعلق بهذا الفصل

في المنتقى: عن أبي يوسف: لو تصدَّق بدرهم عن يمينٍ وظهارٍ؛ فله أن يجعله عن أحدهما استحسانًا[٢].

وفي جوامع الفقه: ظاهر من أربع فأعتق عبدًا عنهن وصام أربعة أشهر، ثم مرض فأطعم ستين مسكينًا عنهن؛ جاز استحسانًا؛ لاتحاد الجنس، ونقصان الهلال لا يمنع[٣].

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ١٣).
(٢) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٢٧٦).
(٣) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ١٣).

....

وفي الخزانة: صام تسعة وعشرين يومًا بالهلال، وصام قبله خمسة عشر؛ جاز. وقيل: لا يجوز ويجب إتمامه بالعدد[١].

وفي الإشراف: يجزئه بالأهلة ثمانية وخمسون يومًا[٢]، وبه قال: الثوري، ومالك، وأهل الحجاز، والشافعي، وأبو ثور، وأبو عبيد.

وإن لم يستقبل بالهلال: قال الزهري: يصوم ستين يومًا[٣].

قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن صومه ستون إن صام بغير الأهلة[٤].

وفي المنهاج: يجوز إعتاق عبديه عن كفارتيه عن كل واحدٍ نصف ونصف[٥]. وعندنا: لا يجوز.

وإعتاق العبد الحربي في دار الحرب عن الكفارة والعبد المستأمن؛ يجوز خلافًا للأئمة الثلاثة.

لا يجوز صرف الكفارة إلى فقراء أهل الحرب وإن كان مستأمنًا، وتجوز إلى فقراء أهل الذمة خلافًا لأبي يوسف وللأئمة الثلاثة، وفقراء المسلمين أحب إلينا.

لو قال لآخر: أعتق عبدك عن كفارتي، فأعتقه عن كفارته؛ أجزأه.

وعندنا: إذا لم يشترط على عوض؛ لم يقع عن الأمر، وعن أحمد روايتان[٦].

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٥٦١).
(٢) أي: من صام بالأهِلّة يجزيه صيام شهرين متتابعين، كانا ثمانية وخمسين، أو تسعة وخمسين يوماً.
(٣) قال ابن المنذر: ويجزيه في قول الشافعي، وأصحاب الرأي: بأن يصوم شهراً بالهلال، وثلاثين يوماً.
(٤) الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٥/ ٣٠٨).
(٥) منهاج الطالبين للنووي (ص٢٤٧).
(٦) انظر: المغني لابن قدامة (٩/ ٥٤٩).

بَابُ اللِّعَانِ

باب اللعان

قد ذكرنا وجه مناسبة الباب فيما تقدم(١).

اللعان: مصدر [٤٨١/ب] الرباعي مِنْ لاعَنَ يلاعِنُ ملاعَنَةً ولِعانًا، إلا أن "المفاعلة" قياس و"الفِعال" ليس بقياس، [قالوا: جالسته مجالسة] ولا يقال: جالس جلاسًا، ولا قاعد قعادًا، ولا واعد وعادًا. ذكره ابن يعيش في شرح المُفصّل(٢).

وأصل اللَّعْنِ: الطرد والإبعاد يقال: التْعَنَ؛ أي: لعن نفسه، ولاعَنَ: إذا لعن غيره، ورجل لُعَنَة -بفتح العين-: إذا كان كثير اللعن لغيره، و لُعْنَة - بسكونها-: إذا لعنه الناس كثيرًا(٣).

ثم لقب الباب باللعان دون الغضب وإن كان فيه الغضب أيضًا؛ لأن اللعن من جانب الرجل وهو مقدم وسابق فيه؛ فالسَّبق من أسباب الترجيح أو التغليب، لكثرة اللعن فيه من الغضب كالقَمَرَين والعُمَرَين.

واللِّعان في الشرع: عبارة عما يجري بين الزوجين من الشهادات الأربع واللعن والغضب.

وسببه: قذف الرجل امرأته قذفًا يوجب الحد في الأجانب.

وشرطه: قيام النكاح.

وركنه: شهادات مزكاة باللعن واليمين(٤).

وحكمه: حرمة الوطء بعد التلاعن.

وأهله: من كان أهلًا للشهادة عندنا؛ حتى لا يجري بين مملوكين أو أحدهما صبي أو مملوك أو محدود في قذف أو كافر.

---

(١) تقدم وجه المناسبة في أول الظهار.
(٢) شرح المفصل لابن يعيش (٤/ ٥٥).
(٣) انظر: الصحاح تاج اللغة للجوهري (٦/ ٢١٩٦).
(٤) مزكاة باللعان، مؤكدة باليمين، مؤكدة بالظاهر، وهو أن الزوج لا يلوث الفراش على نفسه كاذبا. المبسوط (٧/ ٣٩).

قَالَ: (إِذَا قَذَفَ الرَّجُلُ امرَأَتَهُ بِالزِّنَا وَهُمَا مِن أَهلِ الشَّهَادَةِ، وَالمَرأَةُ مِمَّن يُحَدُّ قَاذِفُهَا، أَو نَفَى نَسَبَ وَلَدِهَا وَطَالَبَتهُ بِمُوجِبِ القَذفِ فَعَلَيهِ اللِّعَانُ) ....

قوله: (قذف [الرجل][1] **امرأته بالزنا)** سواء في ذلك قوله: رأيتُكِ تزنين، وأنتِ زانية، ويا زانيةُ: عند الجمهور، وبه قال الشافعي وأحمد ومالك في رواية. وفي المشهور عن مالك: لا يجب بقوله: أنتِ زانية أو يا زانيةُ بل يجب فيه الحد، وبه قال الليث وعثمان البَتِّي ويحيى بن سعيد[2].

وفي التبصرة: والصحيح عنده أنه لا يلاعن حتى يدَّعي الرؤية والاستبراء في قوله: ليس حملكِ مني، بأن يقول: استبرئتِ[3].

وقول مالك ضعيف؛ لأن الكل رمي لها بالزنا؛ فيجب اللعان بالنص ولم يذكر في النص المعاينة، فصار كالأجنبي، ولأن الأعمى يلاعن عنده وهو لم يرها تزني قط.

قوله: (وهما من أهل الشهادة)؛ أي: على المسلم، وفي الأسرار: والأهل من هو أهل لأداء سائر الشهادات، فعلم أن المراد من أهلية الشهادة أهلية أدائها حتى لا يجري بين مملوكين أو أحدهما كما ذكرنا.

فإن قيل: يجري بين الأعمَيَيْن والفاسقَين مع أن لا أداء لهما للشهادة.

قلنا: هما من أهل الشهادة؛ ولهذا لو قضى القاضي بشهادتهما جاز.

ولأن -أحدهما- الأعمى من أهل الشهادة، إلا أنه لا يُقبل منه؛ لعدم تمييزه بين المشهود له وعليه. كذا في شرح الطحاوي[4] وقاضي خان.

وفي شرح المجمع: وهاهنا يقدر على أن يفصل بين نفسه وبين امرأته فيكونُ أهْلًا لهذه الشهادة[5].

وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة ﷺ: أن الأعمى لا يلاعِن.

قوله: (مِمَّنْ يُحَدُّ قَاذِفُهَا) حتى لو كانت ممن لا يحدُّ قاذفها بأن تزوجت

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) انظر الأقوال في: المغني لابن قدامة (٨/ ٥٨).
(٣) التبصرة للخمي (٥/ ٢٤٣١).
(٤) شرح مختصر الطحاوي للجصاص (٥/ ٢٠٥).
(٥) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٥٤).

وَالأَصلُ: أَنَّ اللِّعَانَ عِندَنَا شَهَادَاتٌ مُؤَكَّدَاتٌ بِالأَيمَانِ مَقرُونَةٌ بِاللَّعنِ قَائِمَةٌ مَقَامَ حَدِّ القَذفِ فِي حَقِّهِ، وَمَقَامَ حَدِّ الزِّنَا فِي حَقِّهَا، لِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ﴾ [النور: ٦] وَالِاستِثنَاءُ إِنَّمَا يَكُونُ مِنَ الجِنسِ، وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ﴾

بنكاح فاسد ودخل بها، أو كان لها ولد وليس [له][1] أب معروف؛ لا يجري اللعان، أو زنت في عمرها ولو مرة، أو وطئت وطئاً حرامًا ولو مرة. ذكره الإسْبِيجابي[2]. وإن كانا من أهل الشهادة.

فإن قيل: ما فائدة تخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها، وهو شرط في جانب الرجل أيضًا حتى لو كان الزوج ممن لا يحد قاذفه لا يجري اللعان بينهما وإن كانت ممن يحد قاذفها؟

قلنا: اللعان في [حقه][3] قائم مقام حد القذف؛ فلابدَّ من إحصانها حتى يقع مقام حد القذف، وعند عدم إحصانها قذفها لا يكون موجبًا شيئاً لا حد القذف ولا اللعان. أما قذف الرجل عند عدم إحصانه فموجب ما هو الأصل فيه وهو حد القذف؛ فلم يحل قذفه عند عدم إحصانه عن موجبه؛ فـ[لذلك][4] لم يشترط كونه ممن يحد قاذفه؛ إذِ الحد أصل اللعان فكان في معنى اللعان[5].

قوله: (أن اللعان عندنا) كذا، وقال الشافعي: اللعان: أيمان مؤكدات بالشهادة، وهو الظاهر من أقوال مالك وأحمد.

فمن كان أهلًا لليمين عنده يكون أهلًا للعان؛ [حتى][6] يجب اللعان من كل زوج عاقل، مسلمًا كان أو كافرًا، حرًّا أو عبدًا[7]، وهو قول: مالك[8]، وأحمد في رواية، وعند أحمد في رواية كقولنا[9].

وجه قوله قول الله تعالى: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ﴾ [النور: ٦] فقوله:

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية. (٢) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٢٧٧).
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية. (٤) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٥) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ١٥).
(٦) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية. (٧) انظر: البيان للعمراني (١٠/ ٣٣٤).
(٨) انظر: عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٥٦٥) قال: ويستثنى الكافر.
(٩) انظر: المغني لابن قدامة (٨/ ٤٩).

[النور:٦] نَصٌّ عَلَى الشَّهَادَةِ وَاليَمِينِ، فَقُلْنَا: الرُّكْنُ هُوَ الشَّهَادَةُ المُؤَكَّدَةُ بِاليَمِينِ، ثُمَّ

﴿بِٱللَّهِ﴾ محكم في اليمين، والشهادة تحتمل اليمين، فإنه لو أشهد بالله كان يمينًا؛ فحملنا المحتمل على المحكم، وحمله على الشهادة لا يجوز؛ لأن شهادته لنفسه مردودة ويمينه لها مقبولة.

[٤٨٢/أ] ولنا: قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ﴾ [النور ٦] استثنى أنفسهم عن الشهداء؛ فثبت أن الزوج شاهد؛ لأن المستثنى [من جنس المستثنى][1] منه؛ إذْ لا يجوز أن يكون المعنى: ولم يكن لهم حالفون إلا أنفسهم؛ لأن أحدًا لا يحلف عن غيره، وإنما يحلف عن نفسه، ولا يجوز إحلافه عن غيره.

ولأن الإجماع انعقد على أن المراد بالشهداء مَن يشهد لا مَن يحلف.

وقد نصَّ الله على شهادته بقوله: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ﴾ وعلى اليمين أيضًا؛ (**فقلنا: الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين**)؛ لأن الحاجة هنا إلى إيجاب الحكم في الطرفين، والذي يصلح لإيجاب الحكم الشهادة دون اليمين، إلا أنها مؤكدة باليمين؛ لأنه يشهد لنفسه والتأكيد باليمين لا يخرجه من أن يكون شهادة[2].

فقلنا: الركن الشهادة المؤكدة باليمين؛ عملًا بحقيقه لفظ القرآن والسنة على ما يأتي.

وفي حديث ابن مسعود من رواية مسلم وأبي داود: «**فشهد الرجلُ أربعَ شهاداتٍ بِاللهِ إنَّه لمن الصَّادقين**»[3]، وفي مسلم والنسائي: «فدعا هلالا فشهد أربع شهادات»[4].

وقول الماوردي في الحاوي: "وتأويل أبي حنيفة خطأ؛ لأن شهادة المرء على نفسه غير مقبولة، ولأن كلمات اللعان مكررة، والتكرير في الأيمان مشروع

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية. (٢) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ١٤).

(٣) أخرجه مسلم (٢/ ١١٣٣، برقم ١٤٩٥)، وأبو داود (٢/ ٢٧٦، برقم ٢٢٥٦) من حديث عبدالله بن مسعود.

(٤) أخرجه النسائي (٦/ ١٧٢، برقم ٣٤٦٩) من حديث أنس بن مالك.

قَرَنَ الرُّكنَ فِي جَانِبِهِ بِاللَّعنِ لَو كَانَ كَاذِبًا، وَهُوَ قَائِمٌ مَقَامَ حَدِّ القَذفِ، ....

كما في القسامة دون الشهادة"؛ فاسدٌ؛ لأن مَن قال بحقيقة لفظ الشهادة المذكورة في القرآن والحديث لم يكن قوله تأويلًا؛ بل التأويل قولُ من ترك حقيقة اللفظ بالاجتهاد الفاسد ويعطل القرآن والحديث.

وأما شهادته لنفسه غير مقبولة؛ لمكان التهمة لا لأنه لا يصلحُ للشهادة؛ ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿شَهِدَ ٱللَّهُ﴾ [آل عمران: ١٨] الآية وكان من أصدق الشهادات لانتفاء التهمة، والتهمة فيما نحن فيه منفية باليمين مع أنها بإذنِ الله تعالى وشَرْعِ رسوله ﷺ.

وأما تكرر الشهادات هاهنا لقيامها مقام أربع شهادات؛ فإن الواجب عليه إقامة أربع شهادات من شهود أربعة، وقد عجز عن إقامة شهود أربعة ولم يعجز عن إقامة أربع شهادات، فما عجز سقط عنه، وما قدر عليه لزمه. ذكره في الفوائد الظهيرية(١).

وفي التبصرة المالكية: لو كانت حرة مسلمة والزوج نصراني ولاعَنَ فنكَلَتْ؛ لم تحد بلعان الكافر(٢). وهو يبطل دعواهم أنه أيمان؛ إذْ هو من أهل اليمين لا من أهل الشهادة، فاعتبروا فيه الشهادة دون اليمين.

وقالوا أيضًا: لو قذف نساءه الأربع بكلمة واحدة، قال الأبهري: يلاعن لكل واحدة بمنزلة الشهادة، ولو أتى بالشهود يلزم أن يُشهِد على كل واحدة(٣). فكذا اللعان بخلاف اليمين.

ثم إنهم لا يقضون بالنكول في الأموال ويقضون به في الدماء والرجم. وفساده واضح.

فالحاصل أن مذهب الشافعي ومالك مضطرب غير جارٍ على قانون واحد؛ يعرف ذلك بمسائلهما.

قوله: (قَائِم مَقَامَ حَدِّ الْقَذْفِ) وهذا لا يثبت بالشهادة على الشهادة، ولا

---

(١) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٥٤).

(٢) التبصرة للخمي (٥/ ٢٤٣٥) قال: لأن الأيمان مقام الشهادات.

(٣) انظر: المقدمات الممهدات لابن رشد الجد (١/ ٦٤٠).

....

بشهادة النساء، وكتاب القاضي إلى القاضي.

في المبسوط: موجب قذفه لها الحد في الابتداء كما في الأجنبية بالنص؛ لما روي عن ابن مسعود قال: كنا جلوسًا في المسجد ليلة الجمعة إذْ دخل أنصاري فقال يا رسول الله: أرأيتَ الرجل يجد مع امرأته رجلًا فإن قتل قتلتموه، وإن تكلم جلدتموه، وإن سكت سكت على غيظ، ثم قال: اللهم افتح؛ فنزلت آية اللعان(١)، وقال عليه السلام لهلال بن أمية حين قذف امرأته بشريك بن سحماء: «**اِئْتِ بأربعةٍ يشهدونَ على صدقِ مقالتِكَ وإلا فحَدٌّ على ظهرِكَ**»(٢) فقالت الصحابة: فالآن يجلد هلال فتبطل شهادته(٣)؛ فثبت أن موجب قذفها الحد، ثم انتسخ ذلك باللعان فثبت أن موجب قذفهما اللعان بشرائطه.

وعلى قول مالك والشافعي موجبَه الحد كما في الأجنبية؛ لكن يتمكن من إسقاطه في امرأته باللعان حتى لو امتنع الزوج من اللعان؛ حُدَّ عندهما، -وبه قال أحمد-، وعندنا: يحبس حتى يلتعن(٤).

وفي مبسوط فخر الإسلام: وجه المناسبة بين الحد واللعان: أن الحد سبب الهلاك، والاستشهاد بالله كاذبًا سبب الهلاك أيضًا، وكذا في حقها بمنزلة حد الزنا في حق الرجل؛ لأنه مهلك في حقها؛ [٤٨٢/ب] لأنها كاذبة في زعم الرجل في شهادتها، ولهذا لو قذف امرأته مرارًا فعليه لعان واحد كالحد في قذف الأجنبيات.

فإن قيل: ينبغي أن لو قذف أربع نسوة له في كلمة واحدة أو في كلام متفرق أن يلاعن مرة واحدة وقد وجب عليه اللعان أربع مرات فلو كان كقذف الأجنبيات ينبغي أن يكفي مرة كما في قذفهن؛ فإنه يقام عليه حد القذف مرة واحدة.

قلنا: المقصود في الأجنبيات من الحدِّ دفع العار عنهن، وذا يحصل بإقامة

(١) أخرجه مسلم (٢/ ١١٣٣، برقم ١٤٩٥).
(٢) أخرجه الطحاوي في شرح مشكل الآثار (٧/ ٤٠٧، برقم ٢٩٦١).
(٣) فتبطل شهادته في المسلمين.
(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٣٩).

وَفِي جَانِبِهَا بِالغَضَبِ، وَهُوَ قَائِمٌ مَقَامَ حَدِّ الزِّنَا، إِذَا ثَبَتَ هَذَا نَقُولُ: لَا بُدَّ أَن يَكُونَا مِن أَهلِ الشَّهَادَةِ، لِأَنَّ الرُّكنَ فِيهِ الشَّهَادَةُ، وَلَا بُدَّ أَن تَكُونَ هِيَ مِمَّن يُحَدُّ قَاذِفُهَا، لِأَنَّهُ قَائِمٌ فِي حَقِّهِ مَقَامَ حَدِّ القَذفِ، فَلَا بُدَّ مِن إِحصَانِهَا، وَيَجِبُ بِنَفيِ الوَلَدِ، لِأَنَّهُ لَمَّا نَفَى وَلَدَهَا صَارَ قَاذِفًا لَهَا ظَاهِرًا، وَلَا يُعتَبَرُ احتِمَالُ أَن يَكُونَ الوَلَدُ مِن غَيرِهِ بِالوَطءِ مِن شُبهَة، كَمَا إِذَا نَفَى أَجنَبِيٌّ نَسَبَهُ عَن أَبِيهِ المَعرُوفِ، وَهَذَا: لِأَنَّ الأَصلَ فِي

حدٍّ واحدٍ، أما هاهنا لا يحصل المقصود بلعان واحد؛ لأنه يتعذر الجمع بينهن بكلمات اللعان فقد يكون صادقًا في حق بعضهن دون البعض، والمقصود التفريق بينه وبينهن، وذا لا يحصل بلعان بعضهن. كذا في المبسوط(١).

قوله: لقوله تعالى: ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ﴾ [النور ٦] الآية دليلٌ على مذهبنا أنها شهادات مؤكدات باليمين، وقد بينا وجه التمسك.

قوله: (وفي جانبها بالغضب)؛ أي: قرن الركن في جانبها بالغضب، وإنما خصَّ الغضب في جانبها في المرة الخامسة؛ لأنهن يستعملن اللعن كثيرًا في البيوت على ما جاء في الحديث أنهن «**يُكثِرنَ اللَّعنَ ويَكفُرنَ العشيرَ**»(٢) وسقطت حرمة اللعن في أعينهن فيجترئن على الإقدام عليه لكثرة جَرْيِهِ؛ فأقيم الغضب مقامه في حقِّهن ليكون رادعًا عن الإقدام.

وإنما أفردت الخامسة بالغضب؛ لأنها ليست من جنس الشهادات؛ لعدم ذكر الشهادة فيها.

قوله: (ولا يعتبر احتمال أن يكون الولد من غيره) إلى آخره؛ لأنه يصير قاذفًا بالإجماع مع وجود هذا الاحتمال؛ **(كما إذا نفى أجنبيٌّ نَسبَهُ عن أبيه المعروف)**. كذا في الإيضاح.

وفي المبسوط: الولد من الوطء بشبهة ثابت النسب [من إنسان، والذي لا يكون ثابت النسب](٣) من أحد يكون من زنا ولا نسب لهذا الولد إلا منه، فإذا

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٤٩).

(٢) أخرجه البخاري (١/ ٦٨، برقم ٣٠٤)، ومسلم (١/ ٨٦، برقم ٧٩).

(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

النَّسَبِ الفِرَاشُ الصَّحِيحُ، وَالفَاسِدُ مُلحَقٌ بِهِ. فَنَفيُهُ عَن الفِرَاشِ الصَّحِيحِ قَذفٌ حَتَّى يَظهَرَ المُلحَقُ بِهِ، وَيُشتَرَطُ طَلَبُهَا، لِأَنَّهُ حَقُّهَا فَلَا بُدَّ مِن طَلَبِهَا كَسَائِرِ الحُقُوقِ (فَإِن امتَنَعَ مِنهُ حَبَسَهُ الحَاكِمُ حَتَّى يُلَاعِنَ أَو يُكَذِّبَ نَفسَهُ) لِأَنَّهُ حَقٌّ مُستَحَقٌّ عَلَيهِ وَهُوَ قَادِرٌ عَلَى إِيفَائِهِ، ....

نفاه فقد زعم أن لا نسب له فيكون قاذفًا لها بالزنا[١].

وقال الشافعي: لا يصير قاذفًا بالنفي ما لم يقل إنه من الزنا؛ لجواز أن يكون من الوطء بشبهة كما لو قال لأجنبية: ليس هذا الولد من زوجك[٢].

والقياس ما قاله، إلا أنا تركناه بالضرورة؛ لأن الزوج قد يعلم أن الولد ليس منه بأن لم يطأها وعزلها عزلًا بَيِّنًا ولكن لا يعلم أنه بزنا أو بوطء عن شبهة فاكتفى بنفي الولد حتى ينتفي عنه نسب الولد، وهذه الضرورة معدومة في حق الأجنبي.

قيل: ذكر في جوامع الفقه وغيره: لو قال "وجدت معها رجلًا يجامعها" ليس بقذف لها؛ لأنه يحتمل الحل والجماع بشبهة والنكاح الفاسد؛ فكان ينبغي أن يكون كذلك هاهنا؛ لأنه لم يصرح بالزنا.

أجيب عنه: جعلناه كالصريح [بالزنا][٣] بالضرورة كما بَيَّنَّا.

(ويشترط طلبها) وبه قالت الأئمة الثلاثة؛ **(لأنه)**؛ أي: اللعان **(حقها)**؛ لأنه لدفع العار عن الزنا عن نفسها؛ فيشترط طلبها كما في حد القذف.

(فإن امتنع منه)؛ أي: من اللعان **(حبسه الحاكم)** وهذا عندنا.

وقال الشافعي[٤] ومالك[٥] وأحمد[٦]: يقام عليه حد القذف. بناءً على أن موجب القذف الحد عندهم واللعان عندنا وقد بيناه.

قوله: (وَهُوَ قَادِرٌ عَلَى إِيفَائِهِ) احتراز عن المديون المفلس فإن الدين مستحقٌّ عليه، ولكنه غير قادر على إيفائه؛ فلذلك لا يحبس.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٥٨).
(٢) انظر: البيان للعمراني (١٠/ ٤٥٠).
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) انظر: البيان للعمراني (١٠/ ٤٦٣).
(٥) انظر: التبصرة للخمي (٥/ ٢٤٦٠).
(٦) انظر: المغني لابن قدامة (٨/ ٥٨).

فَيُحبَسُ بِهِ حَتَّى يَأْتِيَ بِمَا هُوَ عَلَيهِ أَو يُكَذِّبَ نَفسَهُ لِيَرتَفِعَ السَّبَبُ (وَلَو لَاعَنَ وَجَبَ عَلَيهَا اللِّعَانُ) لِمَا تَلَونَا مِن النَّصِّ إِلَّا أَنَّهُ يُبتَدَأُ بِالزَّوجِ لِأَنَّهُ هُوَ المُدَّعِي (فَإِن امتَنَعَت حَبَسَهَا الحَاكِمُ حَتَّى تُلَاعِنَ أَو تُصَدِّقَهُ) لِأَنَّهُ حَقٌّ مُستَحَقٌّ عَلَيهَا وَهِيَ قَادِرَةٌ عَلَى إِيفَائِهِ فَتُحبَسُ فِيهِ.

(فيحبس به)؛ أي: بسببه؛ إذِ اللعان **(مستحق عليها)**[(١)]؛ أي: واجبٌ بالنص؛ إذِ التقدير: فواجب رد شهادة أحدهم؛ لأنه إخبار مجرى الأمر.

ولأن [المصدر][(٢)] المقرون بحرف الفاء في موضع الجزاء يراد به الأمر كما في قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة ٣].

قوله: (فيرتفع الشَّين)؛ أي: العار، وفي بعض النسخ: **(ليرتفع السبب)**؛ أي: سببُ اللعان؛ وهو: التكاذب؛ لأن اللعان إنما يجب إذا كذب كل واحدٍ منهما فيما يدعيه الآخر حتى لو أكذب نفسه لا يجب اللعان.

وفي بعض النسخ: [**(ليرتفع السبب)** ولكل وجه.

(لما تلونا من النص) وهو قوله تعالى: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍ بِٱللَّهِ﴾.

قوله: (تصدقه)؛ أي: المرأة، وفي الينابيع: وفي بعض النسخ:][(٣)] (أو تصدقه فتحدّ) وهو غلطٌ؛ لأن بالإقرار مرة لا تحد، وكذا لو صدقت أربع مرات لا تحدُّ؛ لأن التصديق ليس بإقرار بصريح الزنا.

وفي الذخيرة: لو صدقته أربع مرات في المجلس فلا حدَّ ولا لعان.

وقال الشافعي ومالك: لا تحبس؛ بل ترجم للزنا بعد الدخول بها.

ولأحمد في حبسها روايتان.

وزعموا أن رميها يوجبُ حد القذف ويوجبُ حد الزنا على المرأة، ويسقط الحدَّ عنها الْتِعَانُها وتعلقوا بقوله تعالى: ﴿وَيَدْرَؤُاْ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ﴾ [النور ٨] الآية.

وقلنا: وما كفى إسقاط الحد عن نفسه حتى يُوجب على غيره [٤٨٣/أ]

---

(١) تقديم وتأخير في مطبوع المتن: لأنه حق مستحق عليه، وهو قادر على إيفائه، فيحبس به.
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(وَإِذَا كَانَ الزَّوجُ عَبدًا أَو كَافِرًا أَو مَحدُودًا فِي قَذف فَقَذَفَ امرَأَتَهُ فَعَلَيهِ الحَدُّ) لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ اللِّعَانُ لِمَعنى مِن جِهَتِهِ فَيُصَارُ إِلَى المُوجِبِ الأَصلِيِّ وَهُوَ الثَّابِتُ بِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ﴾ [النور: ٤] الآيَةَ، وَاللِّعَانُ خَلَفٌ عَنهُ (وَإِن كَانَ مِن

بقوله الرجم، ولم يرد كتاب ولا سنة ولا قول يعوّل عليه في الشرع في إثبات الرجم[١] الذي لا يثبت إلا بشهادة أربعة عدول.

والكتاب والسنة ينفيان وجوب الحد أو المال بقول الفاسق لا سيما ما لا يثبت إلا بقول أربعة عدول، ولا [يجوز أن][٢] يجب الحد عليها بامتناعها من اللعان؛ لأنه امتناع من اليمين عندهم وعندنا من الشهادة، وذلك لا يوجب حدًّا بالإجماع ولا مالاً عندهم حتى لا ينقضون بالنكول في المال؛ فكيف يقضون به في النفس؟ وهذا عجيب من الشافعي.

وقوله تعالى: ﴿وَيَدۡرَؤُاْ عَنۡهَا ٱلۡعَذَابَ﴾ [النور ٨] الآية ، فالمراد: عذاب الحبس عنها، وعذاب الآخرة الثابت في أذهان الناس بقول الرامي؛ يظهر كذبه بإلعانها؛ كما قال هلال: «والله لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها» الحديث رواه البخاري وأبو داود[٣].

قوله: (أو كافرًا)؛ في المبسوط: هو ما إذا كان الزوج كافرًا والمرأة مسلمة؛ أو: ما إذا كان الزوجان كافرين فأسلمت هي فقذفها الزوجُ قبل أن يعرض عليها الإسلام[٤].

قوله: (لمعنًى من جهته)؛ أي: من جهة الزوج.

فإن قيل: امتناع اللعان كما يكون من جهته يكون من جهتها أيضًا؛ لأن كونه محدودًا في قذف، كما يمنعُ اللعان فكونها محدودة في قذف يمنع أيضًا فلم يعرض جانبه لا جانبها؟

---

(١) في الأصل: (في الشرع في إثبات الرجم) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٧٦، برقم ٢٢٥٦).
(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٤٠).

أَهلِ الشَّهَادَةِ وَهِيَ أَمَةٌ أَو كَافِرَةٌ أَو مَحدُودَةٌ فِي قَذف أَو كَانَت مِمَّن لَا يُحَدُّ قَاذِفُهَا) بِأَن كَانَت صَبِيَّةً أَو مَجنُونَةً أَو زَانِيَةً (فَلَا حَدَّ عَلَيهِ وَلَا لِعَانَ) لِانعِدَامِ أَهلِيَّةِ الشَّهَادَةِ وَعَدَمِ الإِحصَانِ فِي جَانِبِهَا، وَامتِنَاعُ اللِّعَانِ لِمَعنى مِن جِهَتِهَا فَيَسقُطُ الحَدُّ كَمَا إِذَا صَدَّقَتهُ، وَالأَصلُ فِي ذَلِكَ قَولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: ....

قلنا: أهل القذف يكون من الرجل، واللعان يبدأ من جانبه أولًا، ثم يظهر حكم المانع من جهتها بعد قيام الأهلية في جانب الرجل، فأما بدُون الأهلية من جانبه لا ينظر إلى جانبها، وفي كل موضع يمتنع اللعان بمعنى من جهته يجب الحد عليه[١].

فإن قيل: يشكل على هذا ما لو قذف العبد امرأته الأمة أو المكاتبة فلا حدَّ عليه ولا لعان، وهذه المسألة نظيرُ ما إذا كانا محدودَين في قذف في مانعية اللعان من الجانبين، ثم وجب الحد على المحدود ولم يجب على العبد في قذف امرأتِهِ الأمة؟

قلنا: يُعتبر الزوجان بالأجنبيين فأينما كان في الأجنبي حد القذف هاهنا أيضًا حد القذف بامتناع اللعان، ثم الأجنبي لو قذف امرأة غيره لا يجب حدّ القذف بل يعزر أسواطًا، فكذا هاهنا لا يجب الحد على الزوج بل يعزر، وفي المحدود في القذف: لو قذف محدودًا في القذف، ولكن هو محصن إحصان القذف يحد حد القذف فكذا هاهنا. كذا في المبسوط[٢].

وقولنا قول الزهري والشعبي والأوزاعي وحماد ومكحول وعطاء والنخعي وأحمد في رواية.

وفي ظاهر مذهبه مَن كان أهلًا لليمين أهل للعان كما قال الشافعي ومالك[٣].

قوله: (عليه الصلاة السلام) روى عمرو بن شعيب عن أبيه [عن جده][٤]

---

(١) انظر: المبسوط للسَّرَخسِي (٧/ ٤١). (٢) المبسوط للسَّرَخسِي (٧/ ٤١).
(٣) في الأصل: (كما قال الشافعي وغيره) وما أثبتناه من النسخة الثانية والثالثة.
(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

«أَربَعَةٌ لَا لِعَانَ بَينَهُم وَبَينَ أَزوَاجِهِم: اليَهُودِيَّةُ وَالنَّصرَانِيَّة تَحتَ المُسلِمِ، وَالمَملُوكَةُ تَحتَ الحُرِّ، وَالحُرَّةُ تَحتَ المَملُوكِ» وَلَو كَانَا مَحدُودَينِ فِي قَذفٍ فَعَلَيهِ الحَدُّ، لِأَنَّ امتِنَاعَ اللِّعَانِ بِمَعنى مِن جِهَتِهِ، إذ هُوَ لَيسَ مِن أَهلِهِ (وَصِفَةُ اللِّعَانِ: أَن يَبتَدِئَ القَاضِي بِالزَّوجِ، فَيَشهَدَ أَربَعَ مَرَّات، يَقُولُ فِي كُلِّ مَرَّة: أَشهَدُ بِاللَّهِ إنِّي لَمِن الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيتُهَا بِهِ مِن الزِّنَا، وَيَقُولُ فِي الخَامِسَةِ: لَعنَةُ اللَّهِ عَلَيهِ إن كَانَ مِن

عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**أربعٌ من النِّساء ليسَ بينهنَّ وبينَ أزواجهنِّ لعانٌ: اليهوديَّةُ، والنَّصرانيَّةُ تحت المسلم، والحُرَّةُ تحتَ المملوكِ والمملوكةُ تحتَ الحُرِّ**» رواه الشيخ أبو بكر الرازي[(١)] والدارقطني، وفيه: «**وليسَ بينَ المملوكَينِ ولا الكافِرَينِ لعانٌ**» ذكره أبو عمر ابن عبد البر أيضًا وضعفه[(٢)]، ورواه الدارقطني من طرق ثلاث وضعفه[(٣)]، والضعيفُ إذا روي من طرق يحتج به. على ما عُرِف.

قوله: (**أَنْ يَبْتَدِئَ الْقَاضِي**) **إلى آخره**؛ أي: يقيم القاضي الرجل بين يديه ويأمره أن يقول أربع مرات[(٤)] إلى آخره، ويأمر المرأة أن تقول أربع مرات إلى آخره، والقيام ليس بشرط.

وفي الذخيرة: يقيمهما القاضي متقابلين بين يديه وقت الالتعان.

وقال محمد في الأصل: يقول له القاضي: قُمْ فالتَعِن فيقوم، فيقول أربع مرات إلى آخره[(٥)].

وفي النُّتف: يقيم الرجل حتى يحلف بالله الذي لا إله إلا هو وحده لا شريك له أربع مرات، ثم يقيم المرأة فتحلفُ بالله الذي لا إله إلا هو إلى آخره.

وفي الإسْبِيجابي: إذا رفعته إلى القاضي؛ ينبغي للقاضي أن يقول لها: اترُكِي وانصرفي، وإن أنكر القذف؛ أقامت عدلين، ولا يثبت برجل وامرأتين،

---

(١) أخرجه الجصاص في شرحه على مختصر الطحاوي (٥/ ٢٠٦).
(٢) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد (٦/ ١٩٢).
(٣) سبق تخريجه.
(٤) في الأصل: (كلمات) وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٥) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٥٣).

الكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَاهَا بِهِ مِن الزِّنَا. يُشِيرُ إِلَيهَا فِي جَمِيعِ ذَلِكَ، ثُمَّ تَشهَدُ المَرأَةُ أَربَعَ مَرَّات تَقُولُ فِي كُلِّ مَرَّة: أَشهَدُ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِن الكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِن الزِّنَا. وَتَقُولُ فِي الخَامِسَةِ: غَضَبُ اللَّهِ عَلَيهَا إِن كَانَ مِن الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِن الزِّنَا) وَالأَصلُ فِي مَا تَلَونَاهُ مِن النَّصِّ. وَرَوَى الحَسَنُ عَن أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ يَأتِي بِلَفظَةِ المُوَاجَهَةِ يَقُولُ: فِيمَا رَمَيتُكِ بِهِ مِن الزِّنَا لِأَنَّهُ أَقطَعُ لِلِاحتِمَالِ. وَجهُ مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ: أَنَّ لَفظَةَ المُغَايَبَةِ إِذَا انضَمَّت إِلَيهَا الإِشَارَةُ انقَطَعَ الِاحتِمَالُ.

قَالَ: (وَإِذَا التَعَنَا لَا تَقَعُ الفُرقَةُ حَتَّى يُفَرِّقَ القاضي بَينَهُمَا) وَقَالَ زُفَرُ: تَقَعُ بِتَلَاعُنِهِمَا، ....

وليس لها يمينُه على قذفها، ولو أقام الرجل رجلًا وامرأتين على تصديقها؛ سقط اللعان.

قوله: (بلفظة المواجهة)؛ أي: المخاطبة؛ لأن هاء الغيبة محتملة؛ فكانت المخاطبة أقطع للاحتمال.

وجه ظاهر الرواية: أن هاء الغائبة مع الإشارة لا تحتمل غيرها، ويجتمع فيه أداتا تعريف فهو أولى[1].

وفي تنبيه الشافعية: يسميها إن كانت غائبة ويشيرُ إليها إن كانت حاضرة.

وقيل: يجمع بينهما[2].

وأنكره [٤٨٣/ب] السرخسي فقال: لا معنى بذكر الاسم والنسب مع الحضرة.

وفي المنهاج: لو بدّل الشهادة بحلف ونحوه، والغضب بلعنه، أو على العكس، أو ذكر ذلك قبل تمام الشهادات؛ لم يصح على الأصح[3].

قوله: **(وَقَالَ زُفَرُ: تَقَعُ بِتَلَاعُنِهِمَا)** وهو المشهور عن مالك وأصحابه[4]،

---

(١) في البناية: لأنه يجتمع فيه أداتا تعريف؛ فهو أولى.
(٢) التنبيه في الفقه الشافعي للشيرازي (ص١٨٩) ويجمع بينهما؛ أي: بين الاسم والإشارة.
(٣) منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه للنووي (ص٢٥٠).
(٤) انظر: المقدمات الممهدات لابن رشد الجد (١/ ٦٣٨).

لِأَنَّهُ تَثبُتُ الحُرمَةُ المُؤَبَّدَةُ بِالحَدِيثِ. وَلَنَا: أَنَّ ثُبُوتَ الحُرمَةِ يُفَوِّتُ الإِمسَاكَ بِالمَعرُوفِ فَيَلزَمُهُ التَّسرِيحُ بِالإِحسَانِ، فَإِذَا امتَنَعَ نَابَ القَاضِي مَنَابَهُ دَفعًا لِلظُّلمِ، دَلَّ

وبه قال أبو ثور وأبو عبيد في رواية وأحمد في رواية وداود، وهو مروي عن ابن عباسٍ[(١)].

وقال الشافعي: يقع بلعانه؛ لأنه لما شهد عليها بالزنا أربع مرات وأكّده باللعن؛ فالظاهر أنهما لا يألفان فلم يكن في إبقاء النكاح منفعة ولا فائدة كما إذا ارتدَّ أحد الزوجين[(٢)].

قال أبو بكر الرازي: قول الشافعي خارج لا سلف له فيه[(٣)].

قيل: ليس كَذلِكَ؛ لأنه ذكر في المقدمات أنه ظاهر قول مالك وعبد الله بن عمرو بن العاص.

وقال ابن حزم في المحلّى: قول الشافعي قول بلا برهان[(٤)].

وقال عثمان البتّي وجماعة من أهل البصرة: لا يتعلق باللعان فرقة بحال. وهو خلاف السنة والحديث.

قوله: (بالحديث)، وهو قوله عليه السلام: «**المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا**».

وعندنا: لابدَّ من تفريق الحاكم، وبه قال أحمد في رواية ولا تكون الحرمة مؤبدة.

ولنا حديث ابن عمر أنه عليه السلام «**لاعن بين رجلٍ وامرأته ففرَّق بينهما وألحقَ الولدَ بأُمِّهِ**» ذكره في الصحيحين[(٥)].

وعن سهل بن سعد الساعدي: "أن عويمر بن الحارث العجلاني، -وفي سنن أبي داود: عويمر بن أشقر- جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري، فقال يا عاصم: أرأيتَ رجلًا وجد مع امرأته رجلًا، أيقتله فتقتلونه! كيف يفعل؟ فقال:

---

(١) انظر: الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٥/ ٣١٥)، المغني لابن قدامة (٨/ ٦٣).
(٢) انظر: البيان للعمراني (١٠/ ٤٦٦). (٣) أحكام القرآن للجصاص (٥/ ١٥٠).
(٤) المحلّى بالآثار لابن حزم (٩/ ٣٣٦).
(٥) أخرجه البخاري (٧/ ٥٦، برقم ٥٣١٤)، ومسلم (٢/ ١١٣٢، برقم ١٤٩٤).

عَلَيهِ قَولُ ذَلِكَ المُلَاعِنِ عِندَ النَّبِيِّ ﷺ: «كَذَبت عَلَيهَا يَا رَسُولَ اللَّهِ إن أَمسَكتهَا، هِيَ طَالِقٌ ثَلَاثًا»، قَالَهُ بَعدَ اللِّعَانِ (وَتَكُونُ الفُرقَةُ تَطلِيقَة بَائِنَة عِندَ أَبِي حَنِيفَة

يا عاصم سل [لي][١] رسول الله ﷺ، قال عاصم فكره رسول الله المسائل وعابها؛ فكبر على عاصم، فلما رجع إلى أهله؛ جاء عويمر [فقال: يا عاصم ماذا قال النبي عليه السلام، فقال عاصم: لم تأتني[٢]؛ فجاء عويمر][٣] النبي ﷺ وسط الناس، وقال يا رسول الله: أرأيتَ رجلًا لو وجد مع امرأته رجلًا إن قتله قتلتموه كيف يفعل؟ فقال رسول الله ﷺ: «**قد نزل فيكَ وفي صاحبتكِ فاذهبْ فائتِ بها**» فتلاعنا، فلما فرغا من لعانهما قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتُها؛ فهي طالق ثلاثًا، قبل أن يأمره رسول الله" رواه البخاري ومسلم في صحيحيهما ومالك في الموطأ وأبو داود وابن ماجه[٤].

وعن سهل: "شهدت المتلاعنَين على عهد رسول الله ﷺ وأنا ابن خمسة عشر سنة وفرَّق بينهما"[٥] متى تلاعنا.

وهذه الأحاديث الصحاح كلها تدل على عدم وقوع الفرقة بتمام تلاعنهما حتى يفرّق بينهما، وكذا إنفاذُ طلاقه الثلاث، ولم يَرد في حديثٍ أنه عليه السلام فرَّق بينهما قبل لعان المرأة بعد فراغ لعان الرجل.

قال الطحاوي: قول الشافعي خلاف القرآن والحديث، وينبغي على قوله أن لا تلاعن المرأة أصلًا؛ لأنها ليست زوجته عند لعانها[٦].

وتعلقت الشافعية في إباحة إرسال حَمْلِهِ[٧]؛ بحديث عويمر فإنه قال: "فإن أمسكتُها[٨]؛ فطلّقها ثلاثًا ولم ينكر عليه رسول الله"، وعندكم قد حرمت عليه حرمة مؤبدة بلعان الزوج وحده فهلا أنكر عليه السلام ذلك ولم قال: إمساكها

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية. (٢) وفي متن الحديث: لم تأتني بخير.
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية. (٤) سبق تخريجه.
(٥) أخرجه البخاري (٨/ ١٧٤، برقم ٦٨٥٤).
(٦) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ١٨).
(٧) في تبيين الحقائق: إرسال الثلاث جملة (٣/ ١٨).
(٨) في متن الحديث: كذبتُ عليها يا رسول الله إن أمسَكْتُها.

وَمُحَمَّد)، لِأَنَّ فِعلَ القَاضِي انتَسَبَ إِلَيهِ كَمَا فِي العِنِّينِ ....

يحالُ عليكَ، ومن القبيح أن يتعلق الإنسان ببعض الحديث ويترك بعضه وهو ظاهر.

فإن قيل: قد أنكر النبي عليه السلام فإنه روي أنه قال: «لا سبيل لك عليها»(١).

قلنا: هذا لا يدل على الردّ؛ فإنه لا سبيل له عليها عندنا بعد الالتعان مع قيام النكاح؛ لأجل حرمة الاستمتاع، كما إذا أسلم أحد الزوجين؛ فالنكاح قائم له عليها ولا سبيل له عليها للحرمة.

وفي المبسوط: قوله: «**لا سبيل لك عليها**» ينصرف إلى طلبه رد المهر فإنه روي أنه قال: «**إن كنتَ صادقًا فهو لها بما استحلَلْتَ من فرجها، وإن كنت كاذبًا فأبعد، اذهب فلا سبيل لك عليها**»، وهذا لأن مجرد اللعان غير موضوع للفرقة ولا مناف للنكاح، إلا أن الفرقة بينهما لقطع المنازعة بخلاف الطلاق.

وأما قوله عليه السلام: «**المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا**» فحقيقة هذا اللفظ حال تشاغلهما باللعان كالمتقابلين والمتضادَّين، وزفر: توافَقْنا أن في حال تشاغلهما باللعان لا تقع الفُرقة بينهما(٢).

[٤٨٤/أ] واحتجاج عثمان البتي بطلاق عويمر؛ لا يصح، فإنه عليه السلام فرَّق بين المتلاعنين في حديث ابن عمر وابن عباس وحديث سهل؛ قال سهل: فكانت سُنة لمن كان بعدهما أن يُفرَّق بين المتلاعنين(٣)، وقال عمر رضي الله عنه: المتلاعنان يفرّق بينهما(٤).

فإن قيل: معنى تفريق رسول الله الإعلام بوقوع الفرقة وإظهارها.

قلنا: حقيقة إحداث الفرقة لا إظهارها؛ يدل عليه طلاق عويمر.

(١) أخرجه البخاري (٧/ ٥٥، برقم ٥٣١٢)، ومسلم (٢/ ١١٣١، برقم ١٤٩٣) من حديث ابن عمر مرفوعا.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٤٣).
(٣) أخرجه البخاري (٦/ ١٠٠، برقم ٤٧٤٦).
(٤) أخرجه سعيد بن منصور (١/ ٤٠٥، برقم ١٥٦١)، وابن أبي شيبة (٤/ ١٩، برقم ١٧٣٦٩).

(وَهُوَ خَاطِبٌ إِذَا أَكْذَبَ نَفْسَهُ) عِندَهُمَا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: هُوَ تَحرِيمٌ مُؤَبَّدٌ(*) لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «المُتَلَاعِنَانِ لَا يَجتَمِعَانِ أَبَدًا» ....

في الذخيرة: قال بعض مشايخنا: لا يستقيم هذا الجوابُ على قول أبي يوسف؛ فإنه يقولُ: الثابت باللعان تحريم مؤبد كحرمة الرضاع والمصاهرة، وهي لا تتوقف على القضاء.

قال شيخ الإسلام: ما ذكره من الجواب مستقيم على قوله أيضًا؛ لأن المذهب عند علمائنا: أن النكاح لا يرتفع بحرمة الرضاع والمصاهرة؛ بل يفسد حتى لو وطئها قبل التفريق لا يجبُ عليه الحدّ، اشتبه عليه الأمر أو لم يشتبه نصَّ عليه محمد في نكاح الأصل(١).

والحرمة في النكاح الفاسد لا تقع إلا بتفريق القاضي أو الزوج.

وفي الإسْبيجابي: الزوجية قائمة بعد التلاعُن قبل التفريق؛ حتى جاز طلاقه وظهاره وإيلاؤه ويجري التوارث بينهما.

ولو امتنعا من اللعان أو امتنع أحدهما؛ يُجبِرُهما القاضي على اللعان.

ولو سألا القاضي أن يفرق بينهما؛ لم يُجِبهما.

قوله: (وهو خاطبٌ) مسألة مبتدأة؛ أي: هذا الرجل بعد الإكذاب صار خاطبًا من الخطاب؛ أي: يجوز له أن يتزوجها كما لغيره يجوز أن يتزوجها؛ فعليه الحد بإكذاب نفسه.

قوله: (أكذبَ نفسَه)؛ أي: أقر بكذب نفسه. كذا في الطلبة(٢).

ولو أكذب نفسه قبل تفريق القاضي؛ حلَّت له من غير تجديد النكاح.

قوله: (تحريم مؤبد)؛ كحرمة الرضاع والمصاهرة، وبه قال زفر ومن قال بقوله.

(**«لا يجتمعان أبدًا»**)(٣) رواه أبو داود ومثله عن علي وابن مسعود وابن عباس رواه الدارقطني.

(*) **الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.**

(١) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ١٨).

(٢) طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية للنسفي (ص ٦٣).

(٣) سبق تخريجه في المتن.

نَصَّ عَلَى التَّأبِيدِ. وَلَهُمَا: أَنَّ الإِكذَابَ رُجُوعٌ وَالشَّهَادَةُ بَعدَ الرُّجُوعِ لَا حُكمَ لَهَا، لَا يَجتَمِعَانِ مَا دَامَا مُتَلَاعِنَينِ، وَلَم يَبقَ التَّلَاعُنُ وَلَا حُكمُهُ بَعدَ الإِكذَابِ فَيَجتَمِعَانِ.

(وَلَو كَانَ القَذفُ بِنفيِ الوَلَدِ نَفَى القَاضِي نَسَبَهُ وَأَلحَقَهُ بِأُمِّهِ) وَصُورَةُ اللِّعَانِ: أَن يَأمُرَ الحَاكِمُ الرَّجُلَ فَيَقُولَ: أَشهَدُ بِاللَّهِ إِنِّي لَمِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيتُكِ بِهِ مِن نَفيِ الوَلَدِ، وَكَذَا فِي جَانِبِ المَرأَةِ (وَلَو قَذَفَهَا بِالزِّنَا وَنَفَى الوَلَدَ ذَكَرَ فِي اللِّعَانِ الأَمرَينِ،

فقد (**نصَّ على التأبيد**) ولأنه فرقة بغير طلاق؛ فيوجب تحريمًا مؤبّدًا كما في المصاهرة والرضاع.

وقلنا: اللعان يَبطُلُ برجوع الزوج لإكذابه نفسه؛ لأنه شهادة، والشهادة تبطل بالرجوع في حق الشاهد؛ فلم يبق متلاعنان؛ فيرتفع اللعان به؛ بدليل أنه يحدّ ويثبت نسب الولد منه لا امتناع اجتماع الأصل والحلف؛ فلزم من إقامة الحد انتفاءُ اللعان.

وكذا لا يبقى اللعان مع ثبوت النسب، والمتلاعنان لا يجتمعان ما داما متلاعنين؛ ألا ترى أن المنافق إذا أسلم تحِلُّ الصلاة عليه وإن نزل في المنافقين: ﴿وَلَا تُصَلِّ عَلَىٰٓ أَحَدٍ مِّنْهُم مَّاتَ أَبَدًا﴾، وكذا قولهم: المصلي لا يتكلم [أي: ما دام مصلّيا، وكذا قوله للكفار: لن تفلحوا][١] بهذا الكفر أبدًا؛ أي: ما دام على كفره، وإنما يكونان متلاعنين بإقدامهما وتشاغلهما حقيقة أو مجازًا [باعتبار بقاء حكم اللعان؛ فإذا ارتفع حكم اللعان لم يتناوله الخبر لا حقيقة ولا مجازا][٢] مع أن الشيخ أبا بكر الرازي قال: لا يصح ذلك عن رسول الله.

وكذا الحكم [لو][٣] أكذبت نفسها بأن أقرت بالزنا؛ فقد خرجت من أن تكون أهلًا للعان، وكذا لو قذفَتْ رجلًا فحُدَّت؛ أي: له أن يتزوجها؛ فعرفنا أن حل المناكحة بينهما بعد بُطلان حكم اللعان؛ فلا يكون في هذا إثبات اجتماع المتلاعنين[٤].

قوله: (**ذكر في اللعان الأمرين**)؛ أي: الزنا ونفي الولد. وبه قال: الشافعي وأحمد.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) انظر: المبسوط للسرخسي (٧/ ٤٤).

ثُمَّ يَنفِي القَاضِي نَسَبَ الوَلَدِ وَيُلحِقُهُ بِأُمِّهِ) لِمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَفَى وَلَدَ امرَأَةِ هِلَالِ بنِ أُمَيَّةَ عَن هِلَالٍ وَأَلحَقَهُ بِهَا» وَلِأَنَّ المَقصُودَ مِن هَذَا اللِّعَانِ، نَفيُ الوَلَدِ ....

(ويلحقه)؛ أي: الولد **(بأمه)**، وقال إبراهيم وابن معقل وموسى: لا يبقي نسب المولود على الفراش بالنفي لا بما سواه؛ لقوله عليه السلام: «الولد للفراش وللعاهر الحَجر»[١] ذكره في الصحيحين.

وللجمهور حديث ابن عمر: أن رجلًا لاعن امرأته فانتفى ولده وفرَّق بينهما وألحق الولد بأمه[٢]. رواه الجماعة كالبخاري ومسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجه والترمذي.

ثم نقل قوله في الكتاب: **(أن النبي عليه السلام نفى ولد امرأة هلال بن أمية عن هلال وألحقه بها)** سهو؛ فلم يكن لامرأة هلال ولد عند التعانهما، وإنما حدث الحمل وظهر بعد ذلك؛ بيانه حديث ابن عباس، وهو أن هلالًا قذف امرأته عند رسول الله ﷺ بشريك بن سحماء فقال عليه السلام: «**البيِّنة أو حدًّا في ظهرك**»[٣] -قوله كما ذكرنا-؛ فنزلت: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ﴾ [النور ٤] فجاء هلال فشهد والنبي عليه السلام يقول: «**إن الله يعلم أن أحدكما لكاذب، فهل منكما تائبٌ؟**» فقامت امرأته فشهدت فلما كانت [٤٨٤/ب] عند الخامسة وقفوها وقالوا: إنها موجبة، -وفي رواية: موبقة-، قال ابن عباس: فَتَلَكَّأَتْ وَنَكَصَتْ حَتَّى ظَنَنَّا أَنَّهَا سَتَرْجِعُ، فَقَالَتْ: لَا أَفْضَحُ قَوْمِي سَائِرَ الْيَوْمِ، فَمَضَتْ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «**أَبْصِرُوهَا، فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَكْحَلَ الْعَيْنَيْنِ سَابِغَ الْأَلْيَتَيْنِ خَدَلَّجَ السَّاقَيْنِ فَهُوَ لِشَرِيكِ بْنِ سَحْمَاءَ**»، فَجَاءَتْ بِهِ كَذَلِكَ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «**لَوْلَا مَا مَضَى مِنْ كِتَابِ اللَّهِ، لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ**»[٤]. رواه البخاري والترمذي وأبو داود

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ٥٤، برقم ٢٠٥٣)، ومسلم (٢/ ١٠٨٠، برقم ١٤٥٧) من حديث أمنا عائشة رضي الله عنها.

(٢) أخرجه البخاري (٧/ ٥٦، برقم ٥٣١٤)، ومسلم (٢/ ١١٣٢، برقم ١٤٩٤).

(٣) أخرجه البخاري (٣/ ١٧٨، برقم ٢٦٧١).

(٤) أخرجه البخاري (٦/ ١٠٠، برقم ٤٧٤٧).

فَيُوَفِّرُ عَلَيهِ مَقصُودَهُ، فَيَتَضَمَّنُهُ القَضَاءُ بِالتَّفرِيقِ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ: أَنَّ القَاضِي يُفَرِّقُ

وابن ماجه، قال أبو داود: وهذا مما تفرد به أهل المدينة[1].

وعن عكرمة عن ابن عباسٍ قال: جاء هلال عِشاءً فوجد عند أهله رجلًا فرأى بعينه وسمع بأذنيه فلم يهجه -أي: لم يزعجه ولم ينفره- حتى أصبح ثم غدا على رسول الله -الحديث- «ففرَّق عليه السلام بينهما وقضى ألا يدعي ولدها ولا يرمي بها ولا ولدُها ومن رماها أو ولدَها فعليه الحد» قال عكرمة: فكان ذلك الولد أميرًا على مصر وما يدعى لأب[2].

وقال المنذري: وقد تكلم فيه غير واحد وكان قدَريًّا[3].

فعلى هذا ما وقع في الكتاب غير سهو؛ لأنه ثبت نفي ولد هلال حيث قضى ألا يُدْعَى لأب إلى آخره.

وفي سنن البيهقي: كان شريك يأوي إلى منزل هلال ويكون عنده[4].

وفي التفسير كان نزيله، وسحماء اسم أمه؛ نُسب إليها، والحديث رواه ابن حنبل وأبو داود.

وبما ذكرنا من حديث ابن عمر؛ يُعلم أن بنفس اللعان لا ينتفي نسب الولد كما قال بعضُهم.

وفي الذخيرة: لا يشرع اللعان بنفي الولد في المجبوب والخصي ومَن لا يولد له ولد؛ لأنه لا يلحق به الولد.

وقيل: هذا غريب؛ إذِ المجبوب يُنزل بالسحق ويثبت نسب ولده.

قوله: (**فيوفر عليه**)؛ أي: على الزوج (**مقصوده فيتضمَّنه القضاء**)؛ أي: يتضمن نفي الولد القضاء (**بالتفريق**)؛ يعني: يثبت نفي الولد ضمنًا للقضاء بالتفريق.

---

(١) سنن أبي داود (٢/ ٢٧٦، برقم٢٢٥٤).
(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٧٦، برقم٢٢٥٦) وسبق بيان حكمه.
(٣) أي: في الإسناد عباد بن منصور وقد تكلم فيه غير واحد.
(٤) السنن الكبرى للبيهقي (٧/ ٦٤٨).

وَيَقُولُ: قَد أَلزَمته أُمَّهُ وَأَخرَجته مِن نَسَبِ الأَبِ، لِأَنَّهُ يَنفَكُّ عَنهُ فَلَا بُدَّ مِن ذِكرِهِ(*)

(لأنه)؛ أي: باللعان **(ينفك)** عن نفي الولد؛ يعني: ليس من ضرورة التفريق باللعان نفي الولد كما بعد موت الولد فإنه يفرَّق بينهما باللعان ولا ينتفي نسبه عنه، وكما لو نفى نسب أم الولد فإنه ينتفي النسب ولا لعان.

(فلا بدَّ من ذكره)؛ أي: ذكر نفي النسب حتى لو [لم](١) يقل؛ لا ينتفي النسب عنه. قال الإمام السرخسي: وهذا صحيحٌ(٢).

في المبسوط: لو مات ولد الملاعنة عن مالٍ، فادَّعى الملاعن؛ لا يثبت نسبُه ويُضرب الحدَّ.

وإن ترك ابنًا أو بنتًا يثبت نسبه من الأب، وورثه الأب لاحتياج الباقي إلى النسب، فلو كان للولد الميت بنتًا ولها ولد فأكذبَ نفسَه ثبت عند أبي حنيفة خلافًا لهما -وقيل: الخلاف على العكس-؛ له: أن الولد يعير بانتفاء نسب أمه كأبيه؛ فهو محتاج إلى ثبوت نسبها؛ ليكون كريم الطرفين(٣).

وفي جوامع الفقه: مات الشاهدان أو غابا بعدما عدلا؛ لا يقضى باللعان، وفي المال يقضى، بخلاف ما لو عميا أو فسقا أو ارتدا؛ حيث يلاعن بينهما.

والوطء الحرام بشبهة أو بنكاح فاسد؛ يُسقط إحصانها خلافًا لأبي يوسف رجع إليه، وقال: هو ملحق بالوطء الحلال في ثبوت النسب ووجوب العدة.

ولا لعان في النكاح الفاسد ولا في الوطء بشبهة عندنا؛ لأن النص في الزوجات ولا زوجة بينهما.

وقال الشافعي وأحمد: يجب اللعان فيهما إذا كان بنفي الولد.

وعند أبي يوسف: فيهما الحد، واللعان لإلحاقهما بالنكاح الصحيح.

ولو قذفها ثم طلقها ثلاثًا؛ سقط اللعان ولا يجب الحد، وكذا لو تزوجها بعد ذلك؛ لأن الساقط لا يعود، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد.

قال لها: أنت طالق ثلاثًا يا زانية؛ يجب الحد لا اللعان لنزول الزوجية عند

(*) الراجح: قول أبي يوسف.
(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٥٩).
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٥٢).

....

القذف، وبه قال الشافعي ومالك.

ولو قال لها: يا زانية أنت طالق ثلاثًا؛ فلا حدَّ ولا لعان كما تقدم، وبه قال زفر والثوري.

قذف أجنبية ثم تزوجها ثم قذفها ثانية؛ يجب الحد بالأول واللعان بالثاني، ويحد الأول ليسقط اللعان، ولو طلبت اللعان أولًا يلاعن ثم يحد، بخلاف حدود القذف إذا اجتمعت فإنه يكتفي بحد واحد؛ لاتحاد الجنس.

لو أقر بوطء أمته؛ لا يلزمه ولدُها عندنا إلا بالدعوى. وبه قال الثوري.

وقال الشافعي ومالك وأحمد: لو أقر بعد الاستبراء يلزمه ولدها، ويأتي في باب الاستيلاد إن شاء الله تعالى، وفي أحد قولي الشافعي: ينتفي باللعان وهو بعيدٌ.

وأجمعوا أنه لا لعان في النكاح الفاسد بغير ولد، ولو تلاعنا لا يثبت التحريم المؤبد في وجه عند الحنابلة [٤٨٥/أ] وتركوا قوله عليه السلام: **«المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا»**.

قذف المبانة وأضافها إلى حال قيام النكاح [ومنهما][(١)] ولد يريد نفيه؛ يلاعِنُ ولا حدّ ولا لعان عند الشافعي ومالك.

وعندنا: يحدُّ ولا لعان، وبه قال عطاء وابن عباس ويروى عن الحسن والبتّي.

ولو قذف مطلقته الرجعية يلاعن -وبه قال ابن عمر، وجابر بن زيد، والنخعي، والزهري، وقتادة، ومالك، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو عُبيد، والظاهرية-؛ لأنها رجعية. وقال ابن عباس: يحد، ولا لعان.

وفي جوامع الفقه قال: قذفتكِ قبل أن أتزوجكِ، أو زنيتِ قبل أن أتزوجكِ؛ فهو قذف في الحال يلاعن. وقال الشافعي ومالك: يحدُّ.

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(فَإِن عَادَ الزَّوجُ وَأَكذَبَ نَفسَهُ حَدَّهُ القَاضِي) لِإِقرَارِهِ بِوُجُوبِ الحَدِّ عَلَيهِ (وَحَلَّ لَهُ أَن

وفي خزانة الأكمل: لو قال: زنيتِ قبل أن أتزوجكِ؛ فعليه اللعان.

ولو قال: قذفتكِ قبل أن أتزوجكِ؛ يحد.

ولو قال: إن تزوجتكِ فأنتِ زانية؛ فلا حدَّ ولا لعان فيه عندنا، وبه قال الشافعي وأبو ثور.

وكذا لو وُطِئَتْ حرامًا فقذفها؛ لا حدَّ ولا لعان عندنا والثوري وأبو عبيد وأبو ثور.

ولو قذفها ثم زنت أو وطئت حرامًا؛ لا حدَّ ولا لعان عندنا، وبه قال الشافعي.

ولو فرَّق القاضي بعد التعانهما ثلاثًا خطأً؛ نفذ[1] تفريقه عندنا. وعند زفر وبقية الأئمة: لا ينفذ.

ولو بدأ بلعان المرأة؛ فقد أخطأ ولا تجب إعادته، وبه قال مالك. وقال الشافعي وأحمد: يجب إعادته.

ويسقط اللعان بردتها، ولو أسلمت بعدها لا يعود، وفي المرغيناني: قذفها ثم أبانها حتى سقط اللعان ثم أكذب نفسه بعد ذلك؛ لم يحد، بخلاف ما لو أكذب نفسه بعدما لاعنها.

وفي الذخيرة: قذفها بنفي ولدِهَا فلم يتلاعنا حتى قذفها أجنبي بالولد فحدُّ الأجنبي يثبت نسب الولد ولا ينتفي بعد ذلك؛ لأنه لما حد قاذفها حكم بكذبه[2].

قوله: (حده القاضي) في المبسوط: هذا إذا لم يطلقها بائنًا بعد القذف، أما لو أكذب[3] بعد البينونة؛ لا يجب الحد ولا اللعان؛ لأن المقصود باللعان

---

(١) في النسخ: (وبعد)، والمثبت من البناية (٥/ ٥٨٢) وفتح القدير (٤/ ٢٨٦)، ويقتضيه السياق بالمقابلة فعند زفر (لا ينفذ).

(٢) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٥٦).

(٣) أي: نفسه.

يَتَزَوَّجها) وَهَذَا عِندَهُمَا، لِأَنَّهُ لَمَّا حُدَّ لَم يَبقَ أهلا لِلِّعَانِ فَارتَفَعَ حُكمُهُ المَنُوطُ بِهِ وَهُوَ التَّحرِيمُ (وَكَذَلِكَ إن قَذَفَ غيرَهَا فَحُدَّ بِهِ) لِمَا بَيَّنَّا (وَكَذَا إِذَا زَنَت فَحُدَّت)

التفريق، ولا يتأتى ذلك بعد البينونة، ولا حدَّ عليه؛ لأن قذفه كان موجبًا للعان، والقذف الواحد لا يوجب الحدَّين[1].

قوله: (وهذا عندهما)؛ أي: عند أبي حنيفة ومحمد، وهو قول ابن المسيب وابن جبير والحسن والشعبي والنخعي.

وعند أبي يوسف، وزفر، والشافعي[2]، ومالك[3]، وأحمد[4]: ليس له أن يتزوجها؛ لما ذكرنا أن الحرمة مؤبّدة.

قوله: (لم يبق أهلًا للعان)؛ إذ لم يبق أهلًا للشهادة؛ لقول الأنصار: الآن يضرب رسول الله هلال بن أمية وتبطُل شهادته في المسلمين[5].

(فارتفع)؛ أي: اللعان **(حكمه المنوط)**؛ أي: المتعلق به من جانبها، وهو محمولٌ على أنها زنت فحدت قبل الدخول بها مائة جلدة؛ لأنها بعد الدخول حدها الرجم فكيف يبقى محلًّا للتزوج بعده؟ أو دخل بها وهما أو أحدهما على غير صفة الإحصان بأن دخل بها وهي أمة أو ذمية ثم أسلمت أو أعتقت الأمة بعد الدخول قبل اللعان، وبذلك يعرف معنى قول صاحب الكتاب: (وهما على صفة الإحصان) وزناها في العُمر مرة يسقط إحصانها.

وذكر "الحد" وقع اتفاقًا، أو ليشتهر زناها كما لو كان معها ولد لا يُعرَف له أب.

وقيل: فحدت أو زنت زنًا موجبًا للحد.

وقيل: زنت؛ أي: قذفت فحُدّت حدَّ القذف.

وفي الوجيز: زنت أو قذفت؛ فحدت. ولم يشترط الحد في زناها.

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٧/ ٤٩).
(٢) انظر: البيان للعمراني (١٠/ ٤٧٠).
(٣) انظر: عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٤٣٤).
(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٨/ ٦٨).
(٥) أخرجه أحمد (١/ ٢٣٨، برقم ٢١٣١).

لِانْتِفَاءِ أَهلِيَّةِ اللِّعَانِ مِن جَانِبِهَا (وَإِذَا قَذَفَ امرَأَتَهُ وَهِيَ صَغِيرَةٌ أَو مَجنُونَةٌ فَلَا لِعَانَ بَينَهُمَا) لِأَنَّهُ لَا يُحَدُّ قَاذِفُهَا لَو كَانَ أَجنَبِيًّا، فَكَذَا لَا يُلَاعِنُ الزَّوجُ لِقِيَامِهِ مَقَامَهُ (وَكَذَا إِذَا كَانَ الزَّوجُ صَغِيرًا أَو مَجنُونًا) لِعَدَمِ أَهلِيَّةِ الشَّهَادَةِ (وَقَذفُ الأَخرَسِ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ اللِّعَانُ) لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِالصَّرِيحِ كَحَدِّ القَذفِ، ....

قوله: (لا يحد قاذفها)؛ أي: الصغيرة والمجنونة **(لو كان)** القاذف **(أجنبيًّا)** لعدم إحصانهما، واللعان خلف عن الحد **(لا يلاعن الزوج لقيامه)**[1]؛ أي: لقيام اللعان **(مقامه)**؛ أي: مقام حد القذف.

(لعدم أهلية الشهادة) لعدم الخطاب فلا يكون فعلهما زنا، وبقولنا قال الشافعي[2].

وفي المدونة: يلاعن بقذف الصغيرة[3].

وفي المغني: لو قذفها وهي بنت تسع؛ فعليه الحد وتطالبه إذا بلغت، وله إسقاطه باللعان، وبدون التسع يعزر[4].

ولو قال لها: زنيتِ وأنت صغيرة أو مجنونة، وجنونها معهود؛ فلا حدَّ ولا لعان، ولا يجعل قذفًا في الحال؛ لأن فِعلَها لا يوصف بالزنا، بخلاف قوله: زنيت وأنت ذمية أو منذ أربعين سنة وعمرها عشرون سنة؛ حيث يقتصر[5]. ذكره في الجامع.

قوله: (لأنه)؛ أي: اللعان **(يتعلق بالصريح كحدِّ القذف)** فيدرأ بالشبهة.

ولأن اللعان شهادة؛ حتى تشترط لفظ الشهادة [٤٨٥/ب] فيه عندنا وعند الشافعي في الصحيح[6]، فلم يصح من الأخرس كالشهادة في الأموال؛ بل

---

(١) في المتن: فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه مقامه(٢) انظر: البيان للعمراني (١٢/ ٣٩٦).
(٣) انظر: المدونة لابن القاسم (٢/ ٣٥٦). (٤) انظر: المغني لابن قدامة (٨/ ٥١).
(٥) في البناية (٥/ ٥٧٧): حيث يعزر.
(٦) الشافعية فصلوا الأمر وقالوا: إن لم يكن له إشارة مفهومة ولا يحسن يكتب؛ لم يصح لعانه؛ لأنه في معنى المجنون.
وإن كانت له إشارة مفهومة، أو يحسن يكتب. فحكمه حكم الناطق، ويصح قذفه، ولعانه.
انظر: حلية العلماء للشاشي (٧/ ٢٢٧)، البيان للعمراني (١٠/ ٤٤٦).

وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ، وَهَذَا لِأَنَّهُ لَا يَعرى عَن الشُّبهَةِ، وَالحُدُودُ تَندَرِئُ بِهَا (وَإِذَا قَالَ الزَّوجُ: لَيسَ حَملُك مِنِّي فَلَا لِعَانَ بَينَهُمَا) وَهَذَا قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ، ....

أولى؛ لما أنه حد، وكذا لو خرسا بعد اللعان قبل التفريق أو أحدهما، أو ارتدّا، أو كذّب نفسه، أو قذف فحُدَّ، أو وطئت وطئًا حرامًا؛ فلا حدَّ ولا تفريق، وهو قول أحمد[(١)].

وفي المبسوط: وكذا لو كانت خرساء لا يوجب الحد على الأجنبي؛ لجواز أن تصدقه لو كانت تنطق، ولا تقدر على إظهار ذلك بإشارتها، وإقامة الحد مع الشبهة لا يجوز[(٢)].

وقال الشافعي، ومالك[(٣)]، والظاهرية[(٤)]، وأبو الخطاب من الحنابلة[(٥)]: يصح قذفه ويلاعن بالإشارة، واعتبروه بوقوع طلاقه وصحة بيعه وسائر تصرفاته.

وقالوا: إن أمامة بنت أبي العاص أُصمِتَتْ فقيل لها: أَلِفلانٍ كذا ولفلان كذا؟ فأشارت أي نعم[(٦)]، فرأوا أنها وصية[(٧)]. ولا حجة لهم فيه؛ فإنه لم يذكر الراوي، ولم يعلم قول من يكون قوله حجة، ولا يلزم من تجويز الوصية لمن اعتقل لسانه بالإشارة جواز حده بها.

وبعضهم اعتبره بإشارة النبي ﷺ لأبي بكر بالصلاة[(٨)]، وبقوله عليه السلام: **«بُعثتُ أنا والسَّاعةُ كهاتَين»**[(٩)].

وهذا فاسد؛ لأنه عليه السلام أشار مع القدرة على النطق فليجوِّزوا لعان القادر على النطق مع الإشارة.

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٨/ ٥٢). (٢) المبسوط للسرخسي (٧/ ٤٢).
(٣) انظر: عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٥٦٧).
(٤) انظر: المحلّى بالآثار لابن حزم (٩/ ٣٣٦). (٥) انظر: المغني لابن قدامة (٨/ ٥٢).
(٦) أخرجه البيهقي بمعرفة السنن والآثار (١١/ ١٣٥، برقم ١٥٠٥٤) قال ابن الملقن: وهذا غريب عنها. البدر (٧/ ٢٩١).
(٧) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١١/ ٢٣).
(٨) لما ظن أن النبي ﷺ خارج إلى الصلاة قال: «فأشار إلينا النبي ﷺ أن أتِمّوا صلاتكم». أخرجه البخاري (١/ ١٣٧، برقم ٦٨٠)، ومسلم (١/ ٣١٥، برقم ٤١٩).
(٩) أخرجه البخاري (٨/ ١٠٥، برقم ٦٥٠٤)، ومسلم (٤/ ٢٢٦٨، برقم ٢٩٥١) من حديث أنس مرفوعا.

لِأَنَّهُ لَا يَتَيَقَّنُ بِقِيَامِ الحَملِ، فَلَم يَصِر قَاذِفا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: اللِّعَانُ يَجِبُ بِنَفيِ الحَملِ إِذَا جَاءَت بِهِ لِأَقَلَّ مِن سِتَّةِ أَشهُرٍ وَهُوَ مَعنَى مَا ذُكِرَ فِي الأَصلِ، لِأَنَّا تَيَقَّنَّا بِقِيَامِ الحَملِ عِندَهُ فَيَتَحَقَّقُ القَذفُ. قُلنَا: إِذَا لَم يَكُن قَذفًا فِي الحَالِ يَصِيرُ كَالمُعَلَّقِ بِالشَّرطِ، فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ قَالَ: إن كَانَ بِكِ حَملٌ فَلَيسَ مِنِّي. وَالقَذفُ لَا يَصِحُّ

وقوله: «بعثت» الحديث؛ للموعظة، ولا يترتَّبُ عليه حُكم.

قوله: (لأنه لا يتيقن بقيام الحمل)؛ لاحتمال أنه انتفاخ من الريح، وبقول أبي حنيفة قال أحمد، والثوري، والحسن البصري، والشعبي، وأبو ثور.

وبقولهما قال مالك، وأبو حنيفة أولًا.

وذكر الطحاوي عن أبي يوسف: أنه يلاعن قبل الولادة.

وعن مالك وأصحابه ثلاثة أقوال: يلاعن إذا ادَّعى رؤية الزنا واستبرأ معًا، ويلاعن في الجملة من غير استفسارٍ، ولا يلاعن إن لم يدعه إلا أن تلد لأقل من ستة أشهر للتيقن بوجوده.

قوله: (كالمعلق بالشرط)، كأنه قال: إن كان في بطنك ولد فهو من الزنا، ولو قال هكذا لا يكون قذفًا وصار كما قال: إذا تزوجتكِ فأنتِ زانية أو أنتِ زانية إن شاء الله تعالى فهو باطل؛ لأن القذف لا يقبل التعليق؛ لأنه إخبار؛ لأنه لا يقبل التعليق؛ لأنه لا يخلو إما أن يكون إخبارًا عن أمر موجود أو معدوم، والزنا لو كان موجودًا؛ لا يصح تعليقه بالشرط؛ لأن التعليق يكون في المعدوم.

ولا يقال "التعليق بأمر كائن تنجيز؛ فيكون قذفًا في الحال"؛ لأن ذلك سعي في إيجاب الحد لا في الدرء.

ولأن القذف [لا يكون ثابتا من كل وجه؛ فالمعلق بالشرط لا يكون ثابتا من كل وجه، والثابت من وجه؛ يكون فيه شبهة؛ فلا يثبت به الحد.

ولا يمكن تحقيق القذف][1] عند الشرط؛ لعدم كلامه حقيقة عنده.

ولا يقال هذا ليس بمعلق؛ بل هو موقوف حتى يتبين أنه قذف مطلق؛ لأن

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

تَعلِيقُهُ بِالشَّرطِ (فَإِن قَالَ لَهَا: زَنَيتِ وَهَذَا الحَملُ مِن الزِّنَا تَلَاعَنَا) لِوُجُودِ القَذفِ حَيثُ ذَكَرَ الزِّنَا صَرِيحا (وَلَم يَنفِ القَاضِي الحَملَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَنفِيه، لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَفَى الوَلَدَ عَن هِلَالٍ وَقَد قَذَفَهَا حَامِلًا.

وَلَنَا: أَنَّ الأَحكَامَ لَا تَتَرَتَّبُ عَلَيهِ إِلَّا بَعدَ الوِلَادَةِ لِتَمَكُّنِ الِاحتِمَالِ قَبلَهُ، ....

فيه شبهة التعليق؛ إذْ في كل موقوف شبهة التعليق؛ إذْ لا يعرف حكمه إلا بعاقبته، وهو كالشرط في حقنا، وشبهة التعليق لحقيقة التعليق في الحدود.

(**ينفيه**)؛ أي الحمل؛ (**لأنه عليه الصلاة السلام نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملًا**)؛ حيث قال عليه السلام: «**إن جاء أُصَيْهِبَ أُرَيْضِحَ حَمْشَ السَّاقَيْنِ؛ فهو لهلال**» -وفي رواية: أحيمر قصير[1]- وإن جاءت به أسود جعدًا جُماليًا؛ فهو لشريك؛ فجاءت [به][2] على النعت المكروه فقال عليه السلام: «**لولا الأيمانُ التي سبقَتْ لكانَ لي ولها شأنٌ**»[3].

والجَعد: خلاف السبط. والجُمالي -بضم الجيم-: العظيم الخلق كالجمل. وأصيهب: تصغير أصهب. وأحيمر: تصغير أحمر. وأريصح: تصغير أرصح؛ والأرصح: خفيف الأليتين. وحمش الساقين: دقيقهما.

قوله: (**أَنَّ الأَحْكَامَ لَا تَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ**)؛ أي: على الحمل، وهذا جوابٌ عن حرف الشافعي.

ذكره في المبسوط بنوع مخالفة لهذه الرواية؛ حيث قال: ولو نفى حملها وقال: هو من الزنا فلا لعان ولا حد، وعند الشافعي يلاعن؛ لحديث هلال، ولأن الحبل يعرف وجوده ظاهرًا وتتعلق به أحكامٌ شرعًا نحو الرد بالعيب والميراث والوصية له وبه، فكذا يثبت حكم اللعان[4].

(**لتمكن الاحتمال قبله**)؛ أي: قبل الولادة؛ لاحتمال أنه نفخ.

---

(١) أخرجه البخاري (٦/ ٩٩، برقم ٤٧٤٥) من قصة لعان عويمر لا هلال.
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٧٦، برقم ٢٢٥٦) من حديث ابن عباس.
(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٤٤)، (٧/ ٤٥).

وَالحَدِيثُ مَحمُولٌ عَلَى أَنَّهُ عَرَفَ قِيَامَ الحَبَلِ بِطَرِيقِ الوَحيِ (وَإِذَا نَفَى الرَّجُلُ وَلَدَ امرَأَتِهِ عَقِيبَ الوِلَادَةِ أَو فِي الحَالَةِ الَّتِي تَقبَلُ التَّهنِئَةَ وَتُبتَاعُ آلَةُ الوِلَادَةِ ....

(والحديث محمول على أنه عرف قيام الحبل بطريق الوحي)؛ لما روي أنه عليه السلام قال: «إذا جاءت به أحيمر» الحديث.

ومن أصحابنا من قال: إن هلالًا قذفها نصًّا؛ فإنه قال: "وجدتُ شريك بن سحماء على بطنها يزني بها" ثم نفى الحبل بعد ذلك.

وعندنا لو قذفها نصًّا يلاعن. كذا في المبسوط(١).

قال ابن الجوزي: إن أحمد أنكر [٤٨٦/أ] لعان هلال بالحمل، وقال: إنما لاعن رسول الله لما جاء وشهد بالزنا(٢).

ولو كان اللعان بالحمل؛ لكان الحمل منفيًّا عن الزوج غير لاحق به، أشبه به أو لم يشبه، وهكذا نُقل عن محمد بن جرير وابن أبي صغيرة.

وفي شرح الكردري: أجمع أصحابنا على أن النسب لا ينتفي، وهو حمل للشك في وجود.

وفي البدائع: لا يقطع نسب الحمل قبل وضعه بـ[لا](٣) خلاف بين أصحابنا، أما عند أبي حنيفة؛ فظاهر، وأما عندهما؛ فلأن الأحكام تثبت للولد لا للحمل، وإنما يثبت لهُ اسم الولد بالانفصال؛ ولهذا يستحق الميراث والوصية بعد الانفصال. بخلاف الرد بعيب؛ لأن الحمل ظاهر، واحتمال الريح شبهة، والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة(٤).

ويمتنع اللعان بها؛ لأنه من قبيل الحدود. والنسب يثبت بالشبهة كما في الوطء بالشبهة؛ فلا يقاسُ على العيب.

قوله: (تَقْبَلُ التَّهْنِئَةَ وَتُبْتَاعُ) على بناء المفعول، فإنه لو قبل الأب التهنئة ثم نفى؛ لا يصح نفيه.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٤٥).

(٢) التحقيق في مسائل الخلاف لابن الجوزي (٢/ ٣٠١).

(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ٢٤٠).

صَحَّ نَفيُهُ وَلَاعَنَ بِهِ وَإِن نَفَاهُ بعدَ ذَلِكَ لَاعَنَ، وَيَثبُتُ النَّسَبُ، وهذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَصِحُّ نَفيُهُ فِي مُدَّةِ النِّفَاسِ)[*] لِأَنَّ النَّفيَ يَصِحُّ فِي مُدَّة قَصِيرَة، وَلَا يَصِحُّ فِي مُدَّة طَوِيلَة، فَفَصَلنَا بَينَهُمَا بِمُدَّةِ النِّفَاسِ، لِأَنَّهُ أَثَرُ الوِلَادَةِ. وَلَهُ: أَنَّهُ لَا مَعنَى لِلتَّقدِيرِ، لِأَنَّ الزَّمَانَ لِلتَّأَمُّلِ ....

قوله: (يَصِحُّ نَفْيُهُ فِي مُدَّةِ النِّفَاسِ)؛ أي: إذا كان حاجرًا **(ولا يصح في مدة طويلة)** في جوامع الفقه: لو نفاه بعد الولادة نسبه؛ وجب اللعان ولا يقطع نسبه بالإجماع.

وعند الشافعي: متى أمكن نفيه بالمرافعة إلى الحاكم فلم ينفه؛ لزمه نسبه، وهو قول أبي عبيد وأبي ثور وابن المنذر.

وقال مجاهد وشريح: يجوز للزوج نفيه متى شاء.

قوله: (لِأَنَّهُ أَثَرُ الْوِلَادَةِ)؛ أي: النفاس أثر الولادة.

في المبسوط: مدة النفاس كحالة الولادة؛ بدليل أنها لا تصوم ولا تصلي فيها[(١)]. فجعلناها الفاصل بين المدة الطويلة والقصيرة[(٢)].

قوله: (لا معنى للتقدير) فإنه إذا لم يكن الولد منه؛ لا يحل له أن يسكت عن نفيه بعد الولادة؛ فيكون سكوته عن النفي دليل القبول، وكذا قبوله التهنئة عند الولادة، وكذا شراؤه ما يحتاج إليه لإصلاح الولد عادة، وبعد وجود دليل القبول لا يصح نفيُه؛ فكان القياس ألا يصح نفيه إلا على فور الولادة كما قال الشافعي.

ولكن استحسن أبو حنيفة وقال: له أن ينفيه بعد ذلك بيوم أو يومين.

وفي رواية الحسن عنه سبعة أيام؛ لأنه في هذه الأيام يستعد للعقيقة، وإنما تكون العقيقة بعد سبعة أيام. ولكن هذا ضعيف؛ لأن نصب المقدار بالرأي لا يكون. كذا في المبسوط[(٣)].

(لأن الزمان للتأمل)؛ أي: للنظر؛ كيلا يكون نفيه بغير حق؛ قال عليه

(*) الراجح: قول أبي حنيفة. (١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٥١).
(٢) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢١).(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٥٢).

وَأَحوَالُ النَّاسِ فِيهِ مُختَلِفَةٌ فَاعتَبَرنَا مَا يَدُلُّ عَلَيهِ وَهُوَ قَبُولُهُ التَّهنِئَةَ أَو سُكُوتُهُ عِندَ التَّهنِئَةِ أَو ابتِيَاعُهُ مَتَاعَ الوِلَادَةِ أَو مُضِيُّ ذَلِكَ الوَقتِ، فَهُوَ مُمتَنِعٌ عَن النَّفيِ. وَلَو كَانَ غَائِبًا وَلَم يَعلَم بِالوِلَادَةِ ثُمَّ قَدِمَ تُعتَبَرُ المُدَّةُ الَّتِي ذَكَرنَاهَا عَلَى الأَصلَين.

السلام: «**من نفى نسبَ ولده وهو ينظر إليه فهو ملعون**»(١).

(**وأحوال الناس فيه**)؛ أي في زمان [التأمل](٢)(مختلفة) ففوضناه إلى رأي من لاح له ذلك في ذلك الوقت.

(**تُعتبر المدة التي ذكرناها**)؛ أي: بعد القدوم (**على الأصلين**)، عند أبي حنيفة: مقدر بمقدار قبول التهنئة، وعندهما: بمقدار مدة النفاس.

وفي المبسوط والإيضاح: النسب لا يلزم إلا بعد العلم فصار حال القدوم كحال الولادة.

وعن أبي يوسف: لو قدم قبل الفصال فله أن ينفيه إلى أربعين ليلة، ولو حضر بعد الفصال؛ فليس له أن ينفيه بعد ما صار شيخًا، وهذا قبيح(٣).

هذا كله إذا لم يقبل التهنئة، فأما إذا هُنئ فسكت؛ فليس له أن ينفيه بعد ذلك، إلا أنه روي عن محمد: إذا هُنِّئ بولد الأمة فسكت؛ لم يكن قبولًا بخلاف ولد المنكوحة؛ لأن ولد الأمة غير ثابت النسب منه، فالحاجة إلى الدعوة، والسكوت ليس بدعوة، ونسب المنكوحة ثابت منه؛ فسكوته يكون مسقطًا حقه في النفي. كذا في المبسوط والمحيط(٤).

وما ذكره في الكتاب في صُورة الغائب بقوله: (ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها) رواية الإيضاح.

وفي الينابيع: عندهما: [له](٥) أن ينفيه إلى أربعين يومًا بعد القدوم.

ذكر أبو جعفر الطحاوي: إذا قدم قبل الحولين وبعد الحولين لا ينفيه أبدًا عند أبي يوسف.

---

(١) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٥٢).
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٥٢).
(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٥٢)، المحيط البرهاني لابن مازة (٩/ ٢٧٢).
(٥) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَإِذَا وَلَدَت وَلَدَينِ فِي بَطن وَاحِد فَنَفَى الأَوَّلَ وَاعتَرَفَ بِالثَّانِي يَثبُتُ نَسَبُهُمَا) لِأَنَّهُمَا تَوأَمَانِ خُلِقَا مِن مَاء وَاحِد (وَحُدَّ الزَّوجُ) لِأَنَّهُ أَكذَبَ نَفسَهُ بِدَعوَى الثَّانِي، (وَإِن اعتَرَفَ بِالأَوَّلِ وَنَفَى الثَّانِي يَثبُتُ نَسَبُهُمَا) لِمَا ذَكَرنَا، (وَلَاعَنَ) لِأَنَّهُ قَاذفٌ بِنَفيِ الثَّانِي وَلَم يَرجِع عَنهُ، وَالإِقرَارُ بِالعِفَّةِ سَابِقٌ عَلَى القَذفِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: إِنَّهَا عَفِيفَةٌ، ثُمَّ قَالَ: هِيَ زَانِيَةٌ، وَفِي ذَلِكَ التَّلَاعُنُ كَذَا هَذَا.

وقال محمد: ينفيه إلى أربعين يومًا من حين قدومه.

فلو بلغه الخبر في مدة النفاس فله نفيه إلى تمام الأربعين عند أبي حنيفة ومحمد.

وذكر في غير وراية الأصول عن أبي يوسف: إذا بلغه الخبر بعد تمام الحولين لا ينفيه ويلاعن.

وقال محمد: لو نفاه بعد الحولين إلى أربعين يومًا من حين بلغه الخبر [٤٨٦/ب] يلاعن بينهما ويقطع نسبه منه(١).

قوله: (**لأنهما توأمان**) التوأم يقع على كل واحدٍ، وهذا الاسم لا يستحقه كل واحد وحده، وجمعه توائم، وهو اسم جمع وليس بجمع حقيقة.

قوله: (**والإقرار بالعفة سابق**) جواب [سؤال](٢) مقدَّر وهو أن يقال: ينبغي أن يجب عليه الحد؛ لأنه أكذب نفسه بعد القذف؛ [لأن الإقرار الأول بثبوت النسب باق بعد نفي الثاني؛ فيعتبر قيام الإقرار بعد القذف](٣) بابتداء الإقرار، ولو وجد الإقرار بعد النفي يثبت الإكذاب ويجبُ الحد فكذا هاهنا.

فأجاب عنه وقال: إن الإقرار (**سابق على القذف**) حقيقة، وأما من حيث الحكم فَلاحِقٌ.

ثم إن كان يجب الحد باعتبار الحكم فلا يجب باعتبار الحقيقة، إما للشك في وجوب الحد وإما للسعي في درء الحد عند الشبهة، وإما لترجيح جانب الحقيقة؛ لأن الحقيقة حقيق بالعمل.

---

(١) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٢٩٦).

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

....

وفي المحيط والمبسوط: لو أقرَّ بالأول ونفى الثاني يلزمه الولدان ويلاعن؛ لأنه قذفها بالزنا حين نفى الثاني، وهذا إذا نفى الولد وقذفها بالزنا بأن قال: زنيتِ وهذا الولد من الزنا.

فأما إذا نفى ولم يقذفها بالزنى فلا لعان.

وإن نفى الأول وأقر بالثاني يثبت نسبهما ويجب الحد؛ لأنه قذفها بنفي الأول، وأكذب نفسه بالإقرار الثاني، والملاعن إذا أكذب نفسه يحد(١).

فروع

في المحيط والمبسوط: فلو نفاهما ثم مات أحدهما أو قتل؛ لزماه؛ لأنه لا يمكن نفي نسب أحدهما الذي مات أو قتل؛ لأنه تناهى بالموت واستغنى عنه ولا حكم يترتب عليه بعد الموت، والثاني لا يفارقه.

وأما اللعان بسبب الحي؛ فقد ذكر في الأصل أنه لا يلاعن(٢).

وفي مختصر الكرخي: لا يجب اللعان عند أبي يوسف.

ويجب عند محمد؛ لأنه قذفها، واللعان يقبل الفصل عن نفي الولد كما لو لم يكن هناك ولد.

ولأبي يوسُف: أن القذف انعقد موجبًا لِلِّعان بقطع النسب فلا يلاعن على خلاف ما وجب(٣).

ولو ولدت أحدهما ميتًا فنفاهما لاعن بالاتفاق ولزمه الولدان(٤).

ولو ولدت ولدًا فنفاه ولاعن، ثم ولدت آخر بيوم؛ لزماه لأن القاطع للثاني لم يوجد وهو اللعان ولا يجوز نفيه الآن؛ لأنها ليستٍ بمنكوحة للحال؛ فيثبت نسبه ومن ضرورته نسب الأول.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٤٦)، والمحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٥٧).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٤٦)، والمحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٥٧).
(٣) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢١).
(٤) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٥٧).

....

ولو قال: هما ولداي لا حدَّ عليه لأنه صادق إذْ هما ولداه حقيقة.

ولو قال: ليسا بِابْنَيَّ؛ فهما ابناه ولا يُحد؛ لأن الحاكم نفى أحد ولديه ونفيه نفيهما من وجه؛ فلم يكونا ولديه من وجه.

وإن قال: كذبت في اللعان وفيما قذفتها به؛ يحد؛ لأنه صرح بتكذيب نفسه فارتفع اللعان ووجب الحد(١).

وفي النوادر: ذكر الحسن عن أبي حنيفة: أن امرأة جاءت بثلاثة أولاد في بطن واحد، فنفى الثاني وأقر بالأول والثالث؛ يلاعن وهم بنوه.

ولو نفى الأول والثالث وأقر بالثاني؛ يحد وهم بنوه.

وكذا في ولد واحدٍ إذا أقرَّ به ونفاه ثم أقر به يلاعن ويلزمه؛ لأن الإقرار بثبوت نسب بعض الحمل إقرار بالكل؛ كمن قال: يده مني أو رجله مني كان إقرارًا بثبوت نسب بعض المولود منه وإنما وجب اللعان(٢).

وفي المغني: التوأمان يكون بينهما أقل من ستة أشهر، ومثله عن مالك(٣).

وإذا ولدت فسكت؛ لم يكن له نفيه بعد ذلك، وهو قول الشافعي.

وقال ابن قدامة: وما ذكره أبو حنيفة يبطل بخيار الرد بالعيب(٤)؛ يعني: أنه يبطل بالسكوت. ونقله عنه غلط وذلك مذهب الناقل، ويبطل مذهبه بالحمل؛ فإنه لا يبطل بالسكوت.

وفرقهم "أن ضرر الحمل لا يتحقق في الحال" غير صحيح؛ لأن النفقة والسكنى والكسوة تجب بالحمل.

ولو هُنئ به فأمَّن على دعائه؛ لزمه، وكذا إن [قال](٥) أحسن الله جزاك أو بارك الله لك أو رزقك الله مثله؛ لزمه الولد، وكذا عندنا، وقال الشافعي: لا

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢١).

(٢) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٥٨١)، وفتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٢٩٦).

(٣) المغني لابن قدامة (٨/ ٧٠).

(٤) المغني لابن قدامة (٨/ ٧٦).

(٥) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

....

يلزمه(١). وفي كل موضع لزمه الولد لا يكون له نفيُه بعد ذلك عند الأئمة الأربعة وأصحابهم.

ولو قال: ليس الولد مني ولم يذكر زنا؛ فلا لعان ولا حد. وكذا لو قال: أُكرهتِ على الزنا؛ لا حد ولا لعان في هذه المواضع، وكذا لو قال: وطئتِ بشبهة أو نفى نسبَ ولدِ أمتِه؛ فإنه لا يشرع فيه اللعان بالاتفاق(٢).

فبطل قولهم في النكاح الفاسد يشرع اللعان؛ لضرورة نفي النسب.

وفي المحيط: لو نفى ولد زوجته وهما في اللعان [لا ينتفي](٣).

وكذا لو كان العلوق في حال لا يجب اللعان بينهما؛ بأن كانت كتابية [٤٨٧/أ] أو أمة ثم أعتقت أو أسلمت ثم وضعت؛ لا يصح نفيه(٤).

في المحيط: قال هذا الولد ليس مني ولم ينسبها إلى الزنا؛ لم يُلاعن؛ لجواز أن يكون الولد من غيره بوطء بشبهة أو بتزويج نفسها من غيره(٥).

وفي مختصر الكرخي: يلاعن كما لو نفاه أجنبي فإنه يُحد؛ لأن الأصل أن يكون الولد من نكاح صحيح والفاسد يلحق به.

ولو ولدت بعد اللعان إلى سنتين لزمه الولد، وإن لم يكن عليها عدة يلزمه ما بينه وبين ستة أشهر؛ لأنه مطلق حكمًا.

ولو لاعنها بولد ثم ولدت إلى سنتين؛ لزمه لأنها معتدة وتقبل شهادته عليها بالزنا مع ثلاثة، وفيه خلاف الأئمة الثلاثة.

ولو قذفها ثم شهد مع ثلاثة بالزنا لا يقبل؛ لأنه سقط عنه اللعان الواجب عليه.

---

(١) المغني لابن قدامة (٨/ ٧٧).
(٢) المغني لابن قدامة (٨/ ٧٨).
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ٤٥٦).
(٥) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ١٦).

....

ولو شهد مع ثلاثة غير عدول؛ فلا حدَّ ولا لعان ولا على الشهود[١].

قذف امرأة رجل بالزنا، فقال الزوج: صدقتَ؛ لم يكن على الزوج المصدِّق حد ولا لعان؛ لأنه ليس بصريح في القذف؛ لاحتمال التصديق في كونها زوجته إلا أن يقول: "صدقتَ؛ هي كما قلت"؛ فيكون قاذفًا.

ولو عين الذي رماها به، وطلب الرجل حد القذف؛ يحد له عندنا. وقال مالك والشافعي: لا يحد؛ لأن في حديث هلال تعيين الزاني ولم يحده رسول الله، ولأن فيه ضرورة.

ولنا: نصُّ الكتاب. ولا حجة لهما في حديث هلال؛ لأن شريكًا لم يكن حاضرًا ولا طالبه بحقه والطلبُ شرط بالاتفاق.

وقوله: "وفيه ضرورة" غير مسلّم؛ إذْ لا حاجة في ذلك إلى تعيينه؛ بحصول مقصوده بذكر الزنا.

وقولهم: "موجب قذفها الحدّ، وإنما يسقط عنه بالتعانه" باطل بقذفه الأمة والذمية؛ فإنه يُلاعنهما عند الشافعي، ولا حدَّ ولو كانتا أجنبيتين.

ولو قال: ما هذا الحمل مني ولم أصبكِ وأنتِ لست بزانية فلا حدَّ ولا لعان، وهو يبطل قولهم "إنه محتاج إلى اللعان لنفي الحمل".

وفي الروضة: زنت قبلَ تفريق القاضي بعد التلاعن؛ يسقط اللعان عند أبي حنيفة، وحلَّ له وطئها.

ولو أقام الرجل البينة على صدقه؛ سقط عنه اللعان وحُدَّت، وهو قولُ الظاهرية. وقال مالك: يلاعن. وقال الشافعي: إن كان معها ولد وإلا لا.

لنا: نص القرآن: ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ﴾ [النور ٦]، وكذا الحديث.

ولا لعان في البائن، لا في العدة ولا في غيرها -عندنا-، ويحد، وبه قال: الشافعي ومالك وأحمد والثوري وأهل الحجاز وأهل العراق.

(١) في البناية (ولا لعان على المشهور).

بَابُ العِنِّينِ وَغَيْرِهِ

وبعد اللعان يجبُ لها نصف الصداق عندنا، وبه قال مالك وسعيد بن جبير وقتادة والحسن.

وقال حماد بن [أبي] سليمان شيخ أبي حنيفة: يجب لها المهر الكامل.

وقال الزهري: لا صداق لها.

وقلنا: التفريق بينهما طلاق قبل الدخول فيجب نصف المهر.

ولو قال: زنيتِ مكرهةً أو زنا بكِ صبي؛ فلا حدَّ ولا لعان عندنا، وبه قال الشافعي وأحمد.

وقال أبو ثور في الأول: يحدُّ أو يلاعن، والله أعلم.

باب العنين وغيره

لما ذكر أحكام الأصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق؛ شرع في بيان أحكام مَن به مرض له تعلق بالنكاح والطلاق؛ إذْ حكم العوارض[(١)] يعقب حكم الأصحاء.

العنّين: مَن لا يقدر على إتيان النساء، مِن عنَّ إذا حُبس في العنة وهي حظيرة الإبل، أو من عنَّ إذا عرض؛ لأنه يعنّ يمينًا وشمالًا ولا يقصد للمأتي من المرأة، وجمع العنين عُنَنٌ، وفي البصائر: يقال: فلان عنين بَيِّنُ التعنين، ولا يقال: بين العُنة. كذا في المغرب وغيره[(٢)].

وذكر قاضي خان والمرغيناني: العنين من لا يصل إلى النساء مع قيام الآلة، ولو كان يصل إلى الثيب دون البكر، أو إلى بعض النساء دون البعض، وذلك لمرض به أو لضعف في خِلقته أو لكبر سنه أو سِحر؛ فهو عنين في حق من لا يصل إليها؛ لفوات المقصود في حقها. وهكذا ذكره الإسْبِيجابي؛ وقال: السحر له حقيقة وتأثير عند أهل السنة.

وعند الهندواني: يؤتى بطست فيه ماء بارد، فيجلس العنين فيه إن كان

(١) في البناية: حكم من به العوارض.

(٢) البصائر والذخائر لأبي حيان التوحيدي (١/ ٢٣)، والمغرب في ترتيب المعرب للمُطَرِّزِيّ (ص٣٣٠).

﴿وَإِذَا كَانَ الزَّوجُ عِنِّينًا أَجَّلَهُ الحَاكِمُ سَنَة، فَإِن وَصَلَ إِلَيهَا فَبِها وَإِلَّا فَرَّقَ بَينَهُمَا

عضوه يؤول إلى النقصان وينزوي؛ عُلِم أنه لا عُنة فيه، وإن كان لا يؤول ولا ينزوي؛ عُلم أنه عنين(١).

وفي المغني: العِنِّين العاجز عن الإيلاج، مأخوذٌ مِن "عَنَّ" أي: اعترض(٢).

وفي الجواهر: العنّين من لا يتأتى منه الجماع للطافته وامتناع إيلاجه لصغره(٣).

ومنه ما يكون كالذر؛ قيل: ليس هذا بعنين؛ بل هو ملحق به في إثبات الخيار، [٤٨٧/ب] كالجب ولا فائدة في تأجيل مثله.

وفي المحيط: آلته قصيره لا يمكنه إدخالها داخل الفرج؛ لا حقَّ لها في المطالبة بالتفريق.

وفي الجواهر: العنين من لا ينتشر ذكره، وهو كالأصبع من الجسد، لا ينقبض ولا ينبسط أو هو معترض(٤).

قوله: ﴿أَجَّلَهُ الحَاكِمُ سَنَةً﴾؛ أي: بعد طلبها، وابتداء التأجيل من وقت الخصومة يؤجل سنة، وعليه فتوى فقهاء الأمصار كأبي حنيفة وأصحابه، والشافعي وأصحابه، ومالك وأصحابه، وهو قول عمر وعثمان وابن مسعود والمغيرة بن شعبة، وابن المسيب، وعطاء، وعمرو بن دينار، وقتادة، وإبراهيم، والثوري، والأوزاعي، وإسحاق(٥).

لا يؤجل(٦).

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٥٨٣)، فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٢٩٧).
(٢) المغني لابن قدامة (٧/ ١٩٩).
(٣) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٤٥١).
(٤) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٤٥٥).
(٥) انظر: الإشراف لابن المنذر (٥/ ٨٠)، والاستذكار لابن عبدالبر (٦/ ١٩٢)، والمحلى بالآثار لابن حزم (٩/ ٢٠٥)، والمغني لابن قدامة (٧/ ١٩٩).
(٦) هكذا في النسخ، وقد قال بعدم الأجل: الحكم، وابن عُلَيَّة، وداود، والظاهرية. انظر: المراجع السابقة.

إِذَا طَلَبَت المَرأَةُ ذَلِكَ) هَكَذَا رُوِيَ عَن عُمَرَ وَعَلِيٍّ وَابنِ مَسعُود، وَلِأَنَّ الحَقَّ ثَابِتٌ لَهَا فِي الوَطءِ، وَيَحتَمِلُ أَن يَكُونَ الِامتِنَاعُ لِعِلَّة مُعتَرِضَة، وَيَحتَمِلُ لِآفَة أَصلِيَّة، فَلَا بُدَّ مِن مُدَّةٍ مَعرِفَةِ ذَلِكَ، وَقَدَّرنَاهَا بِالسَّنَةِ لِاشتِمَالِهَا عَلَى الفُصُولِ الأَربَعَةِ.

وروي ذلك عن علي، واحتجوا أيضًا بحديث امرأة رفاعة؛ حيث لم يؤجله رسول الله.

وللعامة: ما روى عن الصحابة والتابعين ولا مخالف لهم، وروي عن علي أيضًا رواه أبو حفص.

ولا حجة لهم في حديث امرأة رفاعة؛ لأن الأجل إنما يضرب للعنين عند اعترافه بالعنة وطلبت المرأة وعبد الرحمن أنكرها[(١)].

وقال ابن عبد البر: قد صحَّ أن ذلك كان بعد طلاقها فلا معنى لضرب المدة وصحح ذلك قوله عليه السلام: «**أتريدين أن ترجعي إلى رفاعةَ؟**»[(٢)].

قال الماوردي: إنها شكت ضعف جماعة لا عجزه؛ ولهذا قال عليه السلام: «**لا، حتَّى تذوقي عسيلَتَهُ**» الحديث[(٣)].

قيل: هذا الجواب ضعيفٌ؛ لأنه لو أولج حشفة ذكره واستعان بيده؛ حلت لرفاعة، فدل على أنها وجدته عنينًا؛ دلَّ عليه قولها "معه مثل هُدبَة ثوبي هذا"، والجواب الصحيح ما ذكر أولًا.

وعن مالك: يؤجل ستة أشهر في العبد في رواية عنه، وفي رواية عنه مثل الحر.

وعن ابن المسيب: لو كانت حديثة العهد تؤجل خمسة أشهر.

وعند عبد الله بن نوفل: تؤجل عشرة[(٤)].

قوله: (لاشتمالها)؛ أي: لاشتمال [السنة][(٥)] **(على الفصول الأربعة)**، وذلك لأن التأجيل لإيلاء القدر، والحول حسن في ذلك؛ قال لبيد لابنتيه عند وفاته:

تَمَنَّى ابْنَتَايَ أَنْ يَعِيشَ أَبُوهُمَا ... وَهَلْ أَنَا إلاَّ مِنْ رَبِيعَةَ أَوْ مُضَرْ

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٣).
(٢) الاستذكار لابن عبدالبر (٥/ ٤٤٦).
(٣) الحاوي الكبير للماوردي (٩/ ٣٦٩).
(٤) انظر المراجع السابقة.
(٥) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

فَإِذَا مَضَت المُدَّةُ وَلَم يَصِل إِلَيهَا، تبَيَّنَ أَنَّ العَجزَ بِآفَة أَصلِيَّة، فَفَاتَ الإِمسَاكُ بِالمَعرُوفِ وَوَجَبَ عَلَيهِ التَّسرِيحُ بِالإحسَانِ، فَإِذَا امتَنَعَ نَابَ القَاضِي مَنَابَهُ فَفَرَّقَ

فَقُومَا وَقُولاَ بِالَّذِي قَدْ عَلِمْتُمَا وَلاَ تَخْمُشَا وَجْهًا وَلاَ تَحْلِقَا الشَّعَرْ
إِلَى الْحَوْلِ ثُمَّ اسْمُ السَّلاَمِ عَلَيْكُمَا وَمَنْ يَبْكِ حَوْلاً كَامِلاً فَقَدِ اعْتَذَرْ[(١)]
فجعل الحول للغاية.

في المبسوط: العجز عن الوصول قد يكون لغلبة الرطوبة؛ فيعالج في فصل الحر واليبوسة؛ إذِ المشهور عند الأطباء قاطبة أن الشيء يعالَجُ بالضِّدِّ. وقد يكون لغلبة الحرارة؛ فيعالج في فصل البرد. وقد يكونُ لغلبة اليبوسة فيعالج في فصل الرطوبة. فقدرنا الحول حتى يعالج نفسه؛ فيوافقه العلاج في فصل فيبرأ.

فإذا مضت السنة ولم يصل إليها؛ عُلِم أن الآفة في أصل الخِلقة؛ ولهذا قالوا: يقدر بسنة شمسية أخذًا بالاحتياط؛ لأنه ربما يكون بموافقة العلاج في الأيام التي يقع التفاوت[(٢)] بين السنة القمرية والشمسية[(٣)].

(ففات الإمساك بالمعروف) والإمساك بالمعروف بحسن الموافقة والمعاشرة، وذا لا يحصل بانسداد باب الشهوة؛ **(ووجب عليه التسريحُ)**؛ لأنه صار ظالمًا بالإمساك، والظلم لا يتحقق في الحال؛ لأن حقها مستحق بعقد النكاح وطئاً في الجملة في كل زمان، والعدم في الحال لا يدل على العدم في الثاني من الزمان؛ لأن ذا قد يكون لمرض وقد يكون خلقة، ويتبين ذلك بالتأجيل، فإذا مضت السنة ولم يزل؛ فالظاهر أنه خِلقة؛ فيجب عليه التسريحُ[(٤)].

فناب القاضي منابه فيفرق بطلبها؛ لأنه حقها[(٥)] أو يطلب سيد الأمة لو كانت منكوحة عند أبي حنيفة خلافًا لأبي يوسف، وهو نظير عزل الماء وقد مرَّ في النكاح.

وقيل محمد مع أبي يوسف.

---

(١) من بحر الطويل. انظر: الأغاني للأصفهاني (١٥/ ٣٦٨).
(٢) التي يقع التفاوت فيها. المبسوط.
(٣) المبسوط للسَّرَخسِي (٥/ ١٠١).
(٤) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٢).
(٥) في المتن: فإذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما، ولا بد من طلبها لأن التفريق حقها.

بَينَهُمَا، وَلَا بُدَّ مِن طَلَبِهَا لِأَنَّ التَّفرِيقَ حَقُّهَا (وَتِلكَ الفُرقَةُ تَطلِيقَةٌ بَائِنَةٌ) لِأَنَّ فِعلَ القَاضِي أُضِيفَ إِلَى الزَّوجِ، فَكَأَنَّهُ طَلَّقَهَا بِنَفسِهِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: هُوَ فَسخٌ، لَكِنَّ النِّكَاحَ لَا يَقبَلُ الفَسخَ عِندَنَا، ....

وقال التمرتاشي: لو سأل الزوج القاضي بعد السنة أن يؤجله سنة [أخرى](١) أو شهرًا أو أكثر؛ لا يفعل إلا برضاها.

رضيت ثم رجعت؛ لها ذلك، ويبطل الأجل.

(ولا بدَّ من طلبها) حتى لو وجدته عنّينًا ولم تخاصم زمانًا؛ لم يبطل حقها؛ لأن [ذلك](٢) قد يكون للتجربة والامتحان لا للرضا. ولأنها ربما لا تقدر على الخصومة في كل زمان.

وكذا لو لم تخاصمه بعد مُضي الأجل -بتأجيل القاضي بطلبها- لا يبطل حقها؛ لما ذكرنا(٣).

قوله: (وتلك الفرقة تطليقة بائنة)، وبه قال مالك(٤) والثوري وغيرهما.

(وقال الشافعي)(٥)، وأحمد(٦) **(فسخ)**؛ لأنه فرقة من جهتها، [٤٨٨/أ] وللقياس على الجب. قاله الماوردي من أصحابه(٧).

وقلنا: الفرقة من جهته؛ **(لأن فعل القاضي أضيف إلى الزوج)** لامتناعه عن الإمساك المعروف حتى لو طلقها واحدة يحصل المقصود، فإذا امتنع عن ذلك ناب القاضي منابه في التسريح، والفرقة بالطلاق مشروعة بكتاب الله والإجماع والفسخ مختلف فيه، فالعمل بالمجمع أولى.

ولا يستقيم قياسه على الجب؛ لأن الجب كالعنّة فيكون قياس المختلف على المختلف.

قوله: (لَكِنَّ النِّكَاحَ لَا يَقْبَلُ الفَسْخَ عِنْدَنَا)؛ ألا ترى أنه لا يحتمل الفسخ عندنا بالإقالة، وهذا لأن ملك النكاح ملك ضروري لا يظهر في حق النقل إلى

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ١٧٤).
(٤) انظر: التلقين للقاضي عبدالوهاب (١/ ١٢٤).
(٥) انظر: الأم للشافعي (٥/ ٤٣).
(٦) انظر: مختصر الخرقي (صـ ١٠٥).
(٧) الحاوي الكبير للماوردي (٩/ ٣٧٥).

وَإِنَّمَا تَقَعُ بَائِنَة، لِأَنَّ المَقصُودَ وَهُوَ دَفعُ الظُّلمِ عَنهَا لَا يَحصُلُ إِلَّا بِهَا، لِأَنَّهَا لَو لَم تَكُن بَائِنَة تَعُودُ مُعَلَّقَة بِالمُرَاجَعَةِ.

(وَلَهَا كَمَالُ مَهرِهَا إن كَانَ خَلَا بِهَا) فَإِنَّ خَلوَةَ العِنِّينِ صَحِيحَةٌ (وَيَجِبُ العِدَّةُ) لِمَا بَيَّنَّا مِن قَبلُ، هَذَا إِذَا أَقَرَّ الزَّوجُ أَنَّهُ لَم يَصِل إِلَيهَا (وَلَو اختَلَفَ الزَّوجُ وَالمَرأَةُ

الغير، ولا في حق الانتقال إلى الورثة، وإنما أظهر في حق الطلاق للتقصي عن عُهدة النكاح عند عدم الموافقة والاختلاف، وهذا لا يقتضي ظهوره في حق الفسخ بعد تمامه؛ لأنه لا ضرورة فيه، فكان في هذا الفسخ بمنزلة الإسقاطات كالطلاق والعتاق.

بخلاف الفسخ بعدم الكفاءة أو بخيار البلوغ فإنه فسخ قبل تمامه لخلل في ولاية المحل؛ فيكون في معنى الامتناع من تمامه، وكذا الفسخ بخيار العتق؛ فإنه امتناع من التزام زيادة الملك. كذا في المبسوط(١).

قوله: (إن كان خلا بها)؛ قُيِّد به؛ لأنها لو لم يكن خلا بها؛ فلها نصفُ المهر ولا عدة عليها بالإجماع.

وقال الشافعي: لا يجب شيءٌ من المهر ولا المتعة؛ لأنه فسخ عنده(٢).

(ويجب العدة؛ لما بينّا) أنها طلقة، وبه قال مالك(٣) والشافعي(٤) وأحمد(٥).

قال المزني: كيف يكون عليها العِدة ولم يصبها، والخلوة لا تكون كالدخول؟

قال أبو حامد المروزي في جوابه: إن الشافعي فرع المسألة على قوله القديم: إن الخلوة تكمل المهر وتُوجب العدة(٦).

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٥/ ٩٦). (٢) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (٩/ ٣٧٥).
(٣) انظر: المدونة لابن القاسم (٢/ ١٨٦).
(٤) بالقياس على القديم. انظر: البيان للعمراني (٩/ ٣١٠).
(٥) انظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٥/ ٣١٩).
(٦) عله قول غير أبي حامد. قال الماوردي: أبا حامد المروزي قال: وحدث الشافعي في القديم: أن الخلوة يكمل بها المهر ولا يجب بها العدة، فبطل أن يصح معها الرجعة. الحاوي الكبير للماوردي (٩/ ٣٧٦).

فِي الوُصُولِ إِلَيهَا، فَإن كَانَت ثَيِّبًا فَالقَولُ قَولُهُ مَنْ يَمِينِهِ) لِأَنَّهُ يُنكِرُ استِحقَاقَ حَقِّ الفُرقَةِ، وَالأَصلُ هُوَ السَّلَامَةُ فِي الجِبلَّةِ (ثُمَّ إن حَلَفَ بَطَلَ حَقُّهَا، وَإِن نَكَلَ يُؤَجَّلُ سَنَة،

وأبطله الماوردي؛ بأن تفريعه في كل زمان إنما هو [على][(١)] موجب مذهبه، فلا يصح[(٢)] تفريعه على مذهب قد تركه[(٣)].

ولهم في ذلك تعسفات لا طائل تحته، واعتراض المزني صحيح كما بينا - أي: في باب النكاح- أن الخلوة الصحيحة توجبُ كمال المهر والعدة.

(فالقول قوله من يمينه) وبه قال: الشافعي[(٤)]، ومالك[(٥)]، وأحمد[(٦)].

وعن أحمد في الثيب يقال له: أخرج المنيّ، فأخرجه فقالت: ليس بمنيّ؛ يمتحن بالنار، فإن رقَّ وذاب فإنه مني فإنه لا يشبه بياض البيض وهو ينقبض بالنار، فإن تصادقا على كونه منيًّا يخرج به عن العنَّة؛ لأن الغالب عدم خروج مَنِي العنين، وهذا رواية عنه، وظاهر مذهبه أنه مع الجماعة[(٧)].

وفي القياس: القول قولها، وهو قول زفر وابن أبي ليلى؛ لإنكارها الوصول.

وجه الاستحسان: أنها تدَّعي سبب رفع النكاح، وهو بدعواه الوصول ينكر ذلك، **(والأصل هو السلامة في الجبلَّة)**؛ فكان القول قوله كالمودَع إذا ادعى رد الوديعة فكان القولُ قوله؛ لأنه منكر معنى وإن كان مدعيًا صُورة فكذَا هذا.

قوله: (وَإِنْ نَكَلَ يُؤَجَّلُ سَنَةً)، هذا في الوصول أول مرة.

أما لو غشيها مرة ثم انقطع بعد؛ فلا خيار لها؛ لأن ما هو مقصودُها من

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) في الأصل: (والصحيح تفريعه) وما أثبتناه من النسخة الثانية والثالثة؛ قال الماوردي: فلا يصح أن يفرع في الجديد على مذهب قد تركه، وإن كان قائلا به في الجديد.
(٣) الحاوي الكبير للماوردي (٩/ ٣٧٦).
(٤) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (٩/ ٣٧٧).
(٥) انظر: الكافي لابن عبدالبر (٢/ ٥٦٤).
(٦) انظر: الكافي لابن قدامة (٣/ ٤٥).
(٧) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٢٠٦).

وَإِن كَانَت بِكرًا نَظَرَ إِلَيهَا النِّسَاءُ، فَإِن قُلنَ هِيَ بِكرٌ أُجِّلَ سَنَة) لِظُهُورِ كَذِبِهِ (وَإِن قُلنَ هِيَ ثَيِّبٌ يَحلِفُ الزَّوجُ، فَإِن حَلَفَ لَا حَقَّ لَهَا، وَإِن نَكَلَ يُؤَجَّلُ سَنَة، ....

تأكد البدل أو ثبوت صفة الإحصان قد حصل لها بالمرة فلا خيار لها، وما زاد على ذلك؛ فهو مستحق ديانة لا حكمًا[١].

وكذا لو جامعها ولم يكن له ماء؛ فلا خيار لها.

ثم بترك الوطء [مدة][٢]؛ يأثم إذا تركها متعنتًا معَ القدرة، والمولى لا يأثم بترك أمته مع القدرة.

قوله: (**وإن كانت بكرًا**)؛ أي: وقت النكاح (**نظر إليها النساء**) والواحدة تكفي والمثنى أحوط. وفي البدائع: أوثق، وفي الإِسْبِيجابي: أفضل.

ثم كيف نعرف **أنها** بكرًا أو لا؟

قالوا: يدفع في فرجها أصغر بيضة من بيض الدجاج فإن دخلت بلا عنف فهي ثيبٌ وإلا فبكرٌ.

وقيل: إن أمكنها أن تبول على الجدار فبكرٌ وإلا فثيب[٣].

وقيل: تكسر البيضة فتصب في فرجها، فإن دخلت فثيبٌ وإلا فبكر.

(**وإن قلن: هي ثيبٌ**) تثبت ثيابتها، ولم يثبت وصوله؛ لأن الثيابة قد تكون بغير وصوله إليها؛ فيكون القولُ مع يمينه (**فإن نكل؛ يؤجّل سنة**).

ثم لو ادَّعى نكاحها بعد الأجل (**وأنكرت؛ نظر النساء إليها**)[٤]، فالحاصل أن الإراءة للنساء مرتين، مرة قبل الأجل ومرة بعدها.

قوله: (**فإن قلن: بكر خيرت**)[٥]؛ أي: يخبرها القاضي بدون يمينهما، فلو اختارتِ الفرقة فرق القاضي بينهما. هكذا ذكره محمد في الأصل.

وفي المنتقى: لو اختارت نفسها؛ بانت منه، فعلى هذه الرواية قضاء القاضي؛ لوقوع الفرقة إلا أنها تخالف رواية الأصل.

---

(١) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٥/ ١٠٣).

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٢/ ٣٢٥).

(٤) انظر المتن ص ٥١٨.

(٥) انظر المتن ص ٥١٨.

....

وفي [٤٨٨/ب] المنتقى: بشر عن أبي يوسف: إذا تمَّ الأجل خيرها القاضي وتخييره بمنزلة تخيير الزوج ولم يفسره؛ قال الفضل: تأويله عندي في القيام عن المجلس قبل أن تختار شيئاً، ثم رضاها معه(١) عند السلطان أو غيره؛ يسقط حقها، واختيارَها نفسها لا يكون إلا عند السلطان(٢).

وفي الإسْبِيجابي: خيارها لا يسقط بالسكوت وبالمقام معه، وبعد الأجل يخيرها الحاكم ويقتصر خيارها على المجلس كالمخيرة، فلو اختارت نفسها؛ وقعت الفرقة في ظاهر الرواية ولا يحتاج إلى القضاء كخيار المعتقة والمخيرة(٣).

وفي بعض الروايات: لا يقع إلا بتفريق القاضي كخيار البلوغ.

وفي قاضي خان: لا يكون التأجيل إلا عندَ قاضي مصر ولا اعتبار لتأجيل غيره، فلو أجله القاضي فمات أو عزل؛ بناه المولى على التأجيل الأول(٤).

ولو طلب التأجيل سَنة أخرى لا يجيبُ إلا برضاها ولها أن ترجع فيها قبل مضيها.

وزوج الأمة لو وُجِد عنينًا؛ فالطلب والخيار إلى المولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال زفر: الخيار لها؛ واعتبر الشهوة. وهما نظرا إلى الولد، وهو حق المولى(٥).

وعن أبي [يوسف](٦) ومحمد: لو قامت من مجلسها بعد تخيير القاضي لا خيار لها، وعليه الفتوى كتخيير الزوج، ولو أقيمت مكرهة؛ لأنها تقدر أن تختار نفسها قبل قيامها(٧).

ولو تزوجها بعد تفريق القاضي ثانيًا؛ لم يكن لها خيار لرضاها بحاله(٨).

ولو تزوج امرأة أخرى وهي عالمة بحاله: ذكر في الأصل لا خيارَ لها، وعليه الفتوى؛ لعلمها بالعيب -وبه قال أحمد، والشافعي في القديم(٩)- وفي

---

(١) أي: بالمقام معه. (٢) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ١٧٣).
(٣) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٤).(٤) فتاوى قاضي خان (١/ ٢٠١).
(٥) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٣).(٦) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٧) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٢/ ٣٢٦). (٨) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٤).
(٩) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٢٠٢).

....

أدب القاضي للخصَّاف: لها الخيار؛ لأن العجز عن وطء امرأة لا يدلُّ عن العجز عن وطء غيرها[١]. وبه قال الشافعي في الجديد[٢].

وقلنا: قد علمت بالعيب، والأصل في كل ثابت دوامه واستمراره، وما ذكره الشافعي احتمال بعيدٌ فلا يعارض الثابت ولا يثبتُ لها حق رفع النكاح بأمر بعيد.

ولو رضيت بعيبه بَعد مُدة الأجل أو قبله أو في المدة؛ بطل خيارهَا، وقال الشافعي في الجديد: لا يبطل خيارها قبل انقضاء الأجل[٣]، وهو أحد الوجهين للحنابلة[٤]؛ لأن حقها يثبت بعد الأجل فلم يصح إسقاطه قبله كإسقاط حق الشفعة قبل البيع.

وهذا خطأ؛ لأن رضاها بالعيب لا إسقاط الحق قبل سببه؛ كما لو رضي بعيب البيع، ثم اشتراه، بخلاف إسقاط الشفعة قبل البيع.

ولأن ضرب المدة لظهور العنة؛ فالرضا بها مبطل للأجل فلا يبقى.

ولو اعترفت بوطئه مرة لا يثبت فيه العِنة. وهو قول الأئمة الأربعة وأصحابهم. وقال أبو ثور: إذا عجز بَعده؛ يؤجَّل كما لوجب بعدَه، وتغييب الحشفة في الفرج الداخل؛ يخرجُه عن العنة[٥]

وفي المغني: مقطوع الحشفة؛ يعتبر فيه تغييب باقي ذكره. وقيل: قدر الحشفة، ولا يخرج به عن العنة في الدبر، وهو قول للشافعي وعندَ ابن عقيل يخرجه؛ لأنه أصعبُ من القبل[٦].

قال قاضي خان: الغلام الذي بلغ أربعة عشر سنة إذا لم يصل إلى امرأته ويصل إلى غيرها؛ يؤجل[٧].

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٤). (٢) انظر: حلية العلماء للشاشي (٦/ ٤١١).
(٣) انظر: حلية العلماء للشاشي (٦/ ٤٠٩). (٤) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٢٠٣).
(٥) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٢٠٤). (٦) المغني لابن قدامة (٧/ ٢٠٤).
(٧) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٢٩٩).

وَإِن كَانَ مَجبُوبًا فُرِّقَ بَينَهُمَا فِي الحَالِ إن طَلَبَت) لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي التَّأجِيلِ

ولو اختلفت في البكارة والثيابة تري غيرهن.

قوله: (**وَإِنْ كَانَ مَجْبُوبًا**) إلى آخره. وفي الجامع: وجدت زوجها الصغير مجبوبًا؛ يفرق بينهما لخصومتها في الحال ولا ينتظر بلوغ الصبي لأنه لا يزول بالبلوغ. بخلاف ما لو وجدت زوجها الصغير عنّينًا؛ حيث ينتظر بُلوغُه كالمريض ينتظرُ زواله. ولو وجدته مجبوبًا؛ لا ينتظر زوال مَرضه؛ لأنه لا فائدة فيه(١).

ويؤهل الصبي للطلاق؛ لأنه مستحق عليه كما يؤهَّل للعِتق إذا ملك من يعتق عليه، ومنهم من جَعله فرقة بغير طلاق، والأول أصح. لكن القاضي لا يُفرّق بينهما ما لم يكن عنه خصمٌ كالأب ووصيه، فإن لم يكن خصمُ؛ فالقاضي ينصبُ عنه خصمًا، فإن جاء ببينة تبطلُ حقها مثل رضاها بحاله، أو بينة على علمها به عند العقد؛ لم يفرَّق بينهما. ولو طَلبَ يمينها تحلف فإن نكِلَت؛ لم يفرّق وإن حلفت فرّق(٢).

ولو وجدت الصغيرة زوجها مجبوبًا؛ لا يفرّق بخصومة الأب وينتظر بلوغها؛ لأنها ربما ترضى(٣).

ولو وكلت الكبيرة بالتفريق وغابت هل يفرَّق بطلب الوكيل؟ لم يذكره محمد في الكتاب واختلف المشايخ فيه. قيل: لا يفرق بل ينتظر حُضورها كالأب. وقيل: يفرق برضاها(٤).

بخلاف عدم الكفاءة حيث لا يؤخَّر؛ لأنه لا يزول، ولأنه حق المولى لكن يشترط أن يكون عن الصبي خصم.

وكذا في [٤٨٩/أ] المجبوب المعتوه لا ينتظر ويتفرق بمحضر وليه.

ولو قالت: وجدته مجبوبًا، وقال الزوج: ما أنا بمجبوب وقد وصلت إليها؛ فالقاضي يريه رجلًا فإن علم بالمس والحس من وراء الثوب من غير كشف عورته، وإن لم يعلم إلا بالكشف والنظر أمر غيره أن ينظر للضرورة.

(١) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٢).(٢) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ١٧٥).
(٣) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٢).(٤) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ١٧٥).

(وَالخَصِيُّ يُؤَجَّلُ كَمَا يُؤَجَّلُ العِنِّينُ) لِأَنَّ وَطأَهُ مَرجُوٌّ (وَإِذَا أُجِّلَ العِنِّينُ سَنَة وَقَالَ:

ولو وصل إليها ثم جب ذكره؛ فلا خيار لها.

ولو جاءت امرأة المجبوب بعد التفريق بولد إلى سنتين يثبت نسبه منه، ولا يبطل تفريق القاضي، بخلاف العنين، حتى يثبت نسبه ويبطل التفريق بذلك؛ لأنه لما ثبت نسب ولدها منه لم يبق عنينًا أما المجبوب مجبوب بعد ثبوت النسب(١).

واختلفت الشافعية بماذا تثبت العنة؟ على ثلاثة أوجه:

بإقراره أو ببينته على إقراره. وهو قول المروزي.

والثاني: بإقراره أو بنكوله بعد إقراره، ولا يراعى فيه يمين الزوجة. وهو قول الإِصْطَخْرِي.

والثالث: بإقراره أو بيمين الزوجة بعد إنكاره ونكوله، ولا يثبت إن لم يحلف بعد نكوله. وهو قول [ابن](٢) أبي هريرة وعليه أكثرهم(٣).

ويخرج عن العنة بوطئها حائضًا أو نفساء أو مُحْرِمة أو صائمة. وكذا في المغني ولا أعلم فيه خلافًا(٤).

ولو وجدت ثيبًا وزعمت أن عذرتها زالت بسبب آخر من غير وطئه كأصبعه أو غيرها؛ فالقول قوله؛ لأن الأصل والظاهر عدم أسباب أخر(٥).

ولو تراضيا بعد التفريق؛ فله أن يتزوجها(٦) إلا في رواية عن أحمد حيث قال: لا يجتمعان كتفرقة اللعان(٧). وهو باطل لا أصل له.

قوله: (وَالخَصِيُّ يُؤَجَّلُ) فالخصي مسلول؛ وهو: الذي سلت خصيتاه، أو موجوءًا؛ وهو: الذي رُضَّتْ خصيتاه. وهما سواء.

---

(١) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٥/ ١٠٤).

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٣) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (٩/ ٣٧٠).

(٤) المغني لابن قدامة (٧/ ٢٠٤) وقال: وذكر القاضي أن قياس المذهب أن لا يخرج من العنة؛ لنص أحمد على أنه لا يحصل به الإحصان والإباحة للزوج الأول، ولأنه وطء محرم، أشبه الوطء في الدبر. ثم رد على كلام القاضي.

(٥) المغني لابن قدامة (٧/ ٢٠٦).

(٦) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٥٤).

(٧) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٢٠١).

قَد جَامَعتُهَا وَأنكَرَت، نَظَرَ إلَيهَا النِّسَاءُ فَإن قُلنَ: هِيَ بِكرٌ خُيِّرَت) لِأَنَّ شَهَادَتَهُنَّ تَأَيَّدَت بِمُؤَيِّد وَهِيَ البَكَارَةُ (وَإن قُلنَ: هِيَ ثَيِّبٌ حَلَفَ الزَّوجُ، فَإن نَكَلَ خُيِّرتْ) لِتَأَيُّدِهَا بِالنُّكُولِ، (وَإن حَلَفَ لَا تُخَيَّرُ، وَإن كَانَت ثَيِّبًا فِي الأَصلِ فَالقَولُ قَولُهُ مَعَ يَمِينِهِ) وَقَد ذَكَرنَاهُ (فَإن اختَارَت زَوجَهَا لَم يَكُن لَهَا بَعدَ ذَلِكَ خِيَارٌ) لِأَنَّهَا رَضِيَت بِبُطلَانِ حَقِّهَا، وَفِي التَّأجِيلِ تُعتَبَرُ السَّنَةُ القَمَرِيَّةُ(*)، هُوَ الصَّحِيحُ، ....

وقال عامة أهل العلم: نِكاح الخصي صحيح.

وفي الذخيرة: وجدته خصيا وكان تنتشر آلته ويصل إليها؛ لا خيار لها وإلا كالعنين(١).

وقد قيل: هو أكثر جماعًا من الفحل؛ لأنه لا ينزل ولا يكون منه ولد.

قوله: (وهو الصحيح)، هذا احتراز عمَّا اختاره شمس الأئمة وقاضي خان، والإمام ظهير الدين كما ذكرنا.

وجعل في شرح مختصر الطحاوي التأجيل بالسنة القمرية ظاهر الرواية، وبالشمسية رواية الحسن عن أبي حنيفة(٢).

وذكر الحلواني: الشمسية: ثلاثمائة وخمسة وستون يومًا وربع يوم وجزء من مائة وعشرين جزءًا من اليوم، والقمرية: ثلاثمائة وأربعة وخمسون يومًا(٣)، وهكذا في إيجاز البيان في التفسير(٤).

وفي الذخيرة: الشمسية تزيد على القمرية بأحد عشر يومًا؛ فيجوز أن يوافق طبعه هذه الزيادة فلابدَّ من اعتبارها(٥).

وفي الواقعات: الصحيح السَّنَة القمرية.

(*) الراجح: غير ظاهر الرواية، يعني: يؤجل سنة شمسية.

(١) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ١٧٥).

(٢) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٥٨٧).

(٣) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٤).

(٤) إيجاز البيان عن معاني القرآن لنجم الدين النيسابوري (٢/ ٥١٧).

(٥) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٣٠٢).

وَيُحتَسَبُ بِأَيَّامِ الحَيضِ وَبِشَهرِ رَمَضَانَ لِوُجُودِ ذَلِكَ فِي السَّنَةِ، وَلَا يُحتَسَبُ بِمَرَضِهِ وَمَرَضِهَا، لِأَنَّ السَّنَةَ قَد تَخلُو عَنهُ.

قوله: (ويُحْتَسَبُ[1] بِمَرَضِهِ وَمَرَضِهَا)؛ أي: في السنة المؤجلة.

وعن أبي يوسف: إذا مرض أحدهما مرضًا لا يستطيع الجماع منه، فإن كان أقل من نصف شهر؛ احتسب عليه، [وإن كانت أكثر لم يحتسب عليه][2] وجعل له بدل مكانها، وكذلك الغيبة؛ لأن شهر رمضان محسوبٌ عليه وهو قادر على الجماع بالليل دون النهار، والنهار بدون الليل يكون نصف الشهر؛ فثبت أن نصف الشهر محسوب عليه. وهذا أصح الروايات عن أبي يوسف[3].

وفي البدائع: روى ابن سماعة عن أبي يوسف: إن صحَّ في السنة يومًا أو يومين؛ احتسب عليه. [وفي رواية عنه: أن ما فوق الشهر كثير لا يحتسب. وفي رواية عنه: أن مدة الكثرة السنة][4] وفي رواية عنه: أكثر السنة[5].

وعن محمد: لو مرض في السنة يؤجل مقدار مرضه، وعليه الفتوى. وهذه أصح الروايات[6].

وعن أبي يوسف: لو حجَّتْ أو هربَتْ أو غابَتْ؛ لا يحتسب على الزوج؛ لأنه من جهتها. ولو حجَّ هو أو غاب؛ احتُسب عليه.

ولو حُبِسَ وامتنعت من المجيء إلى السجن؛ لم يحتسب عليه مدة الحبس، وكذا لو حبسه القاضي بمهرها ولم تحضره. وإن لم تمتنع وكان في الحبس موضع خلوة؛ احتسب عليه، وإن لم يمكن وطئها فيه؛ لم يحتسب[7].

قال محمد: إن كان محرمًا يؤجَّل بعد إحرامه.

ولو رافعته وهو مظاهر؛ تعتبر المدة من حين المرافعة إن كان قادرًا على

---

(١) في المتن: (وَلَا يُحْتَسَبُ).
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية والثالثة.
(٣) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ١٧٤)، و تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٥).
(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٥) بدائع الصنائع للكاساني (٢/ ٣٢٤).
(٦) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٥٨٨).
(٧) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٥).

(وَإِذَا كَانَ بِالزَّوجَةِ عَيبٌ فَلَا خِيَارَ لِلزَّوجِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تُرَدُّ بِالعُيُوبِ الخَمسَةِ وَهِيَ: ....

الإعتاق، وإن كان عاجزًا عنه أمهله شهرين؛ لعدم القدرة على الجماع فيهما[١].

ولو ظاهر بعد التأجيل؛ لم يلتفت ولم يزد على المدة.

ولو أقرت بعد التفريق أنه وصل إليها؛ لم يبطل القضاء بالتفريق بإقرارها، بخلاف ما لو أقام البينة على إقرارها بالوصول قبل التفرقة؛ حيث تبطل الفرقة[٢].

ولو كان الزوج عنينًا والمرأة رتقاء؛ لا خيارَ لها؛ لأن المانع من جهتها[٣].

قوله: (وإن كان [٤٨٩/ب] بالزوجة عيب فلا خيار للزوج)، وبه قال: النخعي وعمر ابن عبد العزيز وأبو زياد وأبو قلابة وابن أبي ليلى والأوزاعي والثوري وأبو سليمان الخطابي وداود الظاهري وأصحابه[٤].

وفي المبسوط: وهو مذهب علي وابن مسعود[٥].

وقال الشافعي ومالك وأحمد: تردّ بالعيوب الخمسة[٦].

وقال الزهري وشريح وأبو ثور: تردّ بجميع العيوب.

وعن مالك تردّ بالعيوب الثلاثة: الجنون والجذام والبرص، وتردّ بكل عيب يمنع الوط[٧].

ولو وُطئت وبها عيب من هذه العيوُب ترد ما أخذت إلا ربع دينار، وقاسه على السلعة إذا دُلِّسَ فيها بعيوب على مذهبه.

(وقال الشافعي ترد بالعيوب الخمسة)، ولا شيء لها قبل الدخول لا مهرَ لها ولا متعة. وبعد الدخول؛ لها مهر المثل ولا يرجع عليها ولا على وليِّها.

---

(١) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ١٧٤).
(٢) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ١٧٦).
(٣) انظر: المبسوط للسرخسي (٥/ ١٠٤).
(٤) انظر: المحلى بالآثار لابن حزم (٩/ ٢٨٧).
(٥) المبسوط للسَّرَخْسِي (٥/ ٩٦).
(٦) انظر: حلية العلماء للشاشي (٦/ ٤٠٥)، والمغني لابن قدامة (٧/ ١٨٤).
(٧) انظر: المعونة للقاضي عبدالوهاب (١/ ٧٧٠).

الجُذَامُ وَالبَرَصُ وَالجُنُونُ وَالرَّتَقُ وَالقَرنُ لِأَنَّهَا تَمنَعُ الِاستِيفَاءَ حِسًّا أَو طَبعًا وَالطَّبعُ مُؤَيَّدٌ بِالشَّرعِ. قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «فِرَّ مِن المَجذُومِ فِرَارَكَ مِن الأَسَدِ» وَلَنَا: أَنَّ فَوتَ الِاستِيفَاءِ أَصلًا بِالمَوتِ لَا يُوجِبُ الفَسخَ فَاختِلَالُهُ بِهَذِهِ العُيُوبِ أَولَى، وَهَذَا لِأَنَّ الِاستِيفَاءَ ....

(الجذام): تشقق الجلد وتقطع اللحم وتساقطه، والفعل منه جُذِمَ. كذا في المغرب[1].

(والرتق) -بفتحتين-: مصدر قولك: امرأة رتقاء لا يُستطاع جماعها؛ لارتتاق ذلك الموضع منها. كذا في الصحاح[2].

وفي التيسير في تفسير قوله تعالى: ﴿كَانَتَا رَتْقًا فَفَتَقْنَاهُمَا﴾ [الأنبياء ٣٠] الرتق: السدّ، ومنه الرتقاء: وهي التي فرجها ملتحم، والفتق: الشق، وصرفهما من باب دخل، وفي المغرب: ما لها خرق إلا المبال[3].

(والقرْن) -بسكون الراء-: الغفلة والغَفلة -بالتحريك- شيءٌ من قبل النساء وحياء الناقة شبيه بالأدرة التي للرجال. كذا في الديوان والصحاح.

وفي المغرب: القرن ما يمنع سلوك الذكر فيه إما غدة غليظة أو لحمة مُرْتَتِقَة أو عظم، وامرأة قرناء بها ذلك[4].

قوله: (أصلًا بالموت)؛ أي: بموت أحد الزوجين **(لا يوجب الفسخ)** حتى لا يسقط شيءٌ من المهر **(فاختلاله)**؛ أي: اختلال الاستيفاء **(بهذه العيوب أولى)** ألا يوجب؛ لأن الاستيفاء هاهنا يتأتى، ومقصوده النسل يحصل غير أنها توجب نفرة طبيعيَّة، وذا لا يوجب الرد كالبَخَر والقروح الفاحشة.

قيل: قول صاحب الكتاب ضعيف؛ لأن النكاح مؤقت بحياتهما.

(وهذا)؛ أي: كون هذه العيوب لا تُوجب الفسخ **(لأن الاستيفاء)**؛ أي:

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمُطَرِّزِيّ (ص٧٨).
(٢) الصحاح تاج اللغة للجوهري (٤/ ١٤٨٠).
(٣) المغرب في ترتيب المعرب للمُطَرِّزِيّ (ص١٨٣).
(٤) المغرب في ترتيب المعرب للمُطَرِّزِيّ (ص٣٨١).

مِن الثَّمَرَاتِ وَالمُستَحَقُّ هُوَ التَّمَكُّنُ وَهُوَ حَاصِلٌ.

الوطء **(من الثمرات)** فلا يراعى من كل وجه، **(والمستحَقُّ هُوَ التمكن)**؛ أي: التمكن بالوطء، أما في الجذام والبرص والجنون؛ فظاهرٌ فإن الجذام والبرص يعالج عند الأطباء وإن كان عسرًا. وأما في الرتقاء والقرناء؛ فبالشق والفتح.

وفوات الثمرة لا يؤثر في عقد النكاح؛ ولهذا ينعقد النكاح هنا بالإجماع.

وأثبتم له خيار الرد فلو كان المعقود هو الوطء؛ ينبغي ألا ينعقد في الرتقاء والقرناء؛ ولهذا لو تزوَّج الشيخ الفاني عجوزة هرمه -جحمَى شا- يصح النكاح بالإجماع مع فوات الوطء.

وفي المحلَّى شرح المجلّى[1] لابن حزم: أما المالكيون والشافعيون فقد خصوا الرد بالعيوب المذكورة؛ فبطل قياسُهم بالبيع، وكيف يشبه النكاح البَيع والبيع خلافه؛ فإنه لِنقل ملك الرقبة ولا نقل في النكاح.

والنكاح يصح من غير ذكر بدل والبيع لا يصح.

والبيع بترك رؤية المبيع ووصفه فاسدٌ عندهم، والنكاح جائزٌ عند المالكيين على بيت وخادم غير موصوفين.

وقالوا: لا تطيب النفس بجماع برصاء ولا مجذومة، ولا يقدر على جماع الرتقاء والقرناء وإنما تزوجها للوطء.

قلنا: طيب النفس على الجماع ليس بشرطٍ؛ فإن نكاح العجوز الشوهاء الصماء العمياء البكماء عُمرها مائة سنة أو مريضة بالدقّ والسل لا برء منه عند الأطباء؛ يجوز، وهذا مما لا شكَّ فيه لأحدٍ من العقلاء.

بل النكاح لما أمر الله تعالى وهو الإمساك بالمعروف أو تسريح بإحسان ولم يأت نص صحيح، فيما قالوا ليتوقف عنده[2].

وتعلقهم بقوله عليه السلام: «**فِرَّ مِنَ المجذوم**» فالحديث غير صحيح؛ فإنه لا يجبُ على أحدٍ أن يفرَّ من المجذوم ويجوز الجلوس عِندَه ويثابُ على

---

(١) واسم الكتاب كاملا: المحلّى بالآثار شرح المجلّى بالاختصار.
(٢) المحلى بالآثار لابن حزم (٩/ ٢٨٧).

(وَإِذَا كَانَ بِالزَّوجِ جُنُونٌ أَو بَرَصٌ أَو جُذَامٌ فَلَا خِيَارَ لَهَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَهَا الخِيَارُ)(*) دفعًا لِلضَّرَرِ عَنهَا، ....

تمريضه وخدمته والقيام بمصالحه؛ ولهذا لو حدث بعد سنين لا يفسخ النكاح.

وزعموا أنه عليه السلام ردَّ بالبرص فقال: «اِلْحَقي بأهلك»[١]؛ قلنا: هو رواية جميل بن زيد عن زيد بن كعب بن عُجرة وهو متروك وزيد مجهول لا يعلم لكعب بن عجرة ولد اسمُه زيد[٢].

وقول مالك "ترد إلى ربع دينار" لا يحفظ عن أحدٍ من الصحابة، وكذا قول الشافعي "ترد إلى صداق مثلها"؛ فلا يصح في ذلك شيء عن أحدهم؛ فقد خالفوا ما روي عن الصحابة في ذلك[٣].

وما رُويَ عن عمر الرد بالجنون أو الجذام أو البرص [إلا][٤] رواية مكذوبة من طريق عبد الله[٥] بن حبيب وهو هالك ممن أقدم على مخالفة عمر رضي الله عنه [٤٩٠/أ] فلا تقبل رواية الهالك.

وقد روي عن ابن عباس برواية عبد الملك الهالك المتقدم.

وما روي عن علي في رواية "أنه يخير قبل الدخول" غير ثابت؛ بل الرواية الصحيحة عنه أنه لا يرد بالعيب[٦].

قوله: (وقال محمد: لها الخيار)، وبه قال: الشافعي[٧]، ومالك[٨]، وأحمد[٩].

(*) الراجح: قول الشيخين.

(١) وهو حديث المرأة الغفارية التي تزوجها النبي عليه السلام فوجد في جسدها بياضا، وقد أخرجه البيهقي (٧/ ٤١٨، برقم ١٤٤٨٨) ثم ذكر طرقه وقال: مختلف فيه على جميل بن زيد كما ترى؛ قال البخاري: لم يصح حديثه.

(٢) المحلّى بالآثار لابن حزم (٩/ ٢٨٨).

(٣) المحلّى بالآثار لابن حزم (٩/ ٢٨٦).

(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من المحلّى.

(٥) في المحلّى: عبدالملك، وهي الصواب بدليل قوله بعدها: برواية عبد الملك الهالك المتقدم.

(٦) المحلّى بالآثار لابن حزم (٩/ ٢٨٦).

(٧) انظر: الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٥/ ٧٣).

(٨) انظر: عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٤٥٠).

(٩) انظر: الهداية للكلوذاني (ص ٣٩٣).

كَمَا فِي الجَبِّ وَالعُنَّةِ، بِخِلَافِ جَانِبِهِ، لِأَنَّهُ مُتَمَكِّنٌ مِن دَفعِ الضَّرَرِ بِالطَّلَاقِ. وَلَهُمَا: أَنَّ الأَصلَ عَدَمُ الخِيَارِ، لِمَا فِيهِ مِن إِبطَالِ حَقِّ الزَّوجِ، وَإِنَّمَا يَثبُتُ فِي الجَبِّ وَالعُنَّةِ، لِأَنَّهُمَا يُخِلَّانِ بِالمَقصُودِ المَشرُوعِ لَهُ النِّكَاحُ، وَهَذِهِ العُيُوبُ غَيرُ مُخِلَّةٍ بِهِ فَافتَرَقَا، وَاَللَّهُ أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

(كما في الجب والعنة)؛ أي: تثبت [الخيار لها][1] بدون [ ][2] لها في [هذه][3] عندهم بلا تأجيل، وهذا إنما يثبت الخيار في الجب والعنة لدفع الضرر عنها؛ إذِ المقصود بالنكاح طبعًا قضاء الشهوة والتوالد شرعًا، وهذه العيوب تخل بهذا المقصُود.

ولأن الطبع ينفر عن صحبة مثله، وربما تعدَّى إلى الولد.

(بخلاف جانبه)؛ لأنه يقدر على دفع الضرر عنه بالطلاق.

ولنا: ما تقدم من أقوال السلف، ولـ **(أن الأصل عدم الخيار؛ لما فيه من** رفع النكاح و**(إبطال حق الزوج)**.

بخلاف **(الجب والعنة؛ لأنهما يخلان بالمقصود المشروع له)** وهو الوطء للتوالد **(وهذه العيوب غير مخلة)** فصار كجانبها.

وبهذه العيوب يفوت تمام الرضا، وعدم الرضا إنما يُوجب الرد في عقد شرط فيه الرضا، ولزوم النكاح لا يعتمد تمام الرضا؛ ألا ترى أنه لا يؤثر فيه الهزل بالحديث.

ولهذا لو تزوَّج امرأة بكر شابة جميلة فوجَدها ثيبًا عجوزا شوهاء لها شق مائل وعقل زائل ولعاب سائل؛ فإنه لا يثبت له الخيار وإن فقد رضاه[4].

فإن قيل: جعل قبل هذا في المسألة التي بيننا وبين الشافعي استيفاء الوطء من الثمرات ولم يُوجب الخيار عند فواته، وهاهنا عكس وجعل استيفاء الوطء من الثمرات المقصود، وهما متناقضان!.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية. (٢) بياض في المخطوط.
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٥/٩٨).

....

قلنا: للتمكن من الوطء جهتان: جهة كونه: مقصودًا باعتبار أن شرعية النكاح لأجل التوالد وهو لا يحصل إلا به، وجهة كونه: ثمرة حيث يصح نكاح الرضيعة والرتقاء والقرناء والعجوز والعقيم، فلو كان مقصودًا لما جاز نكاح هؤلاء كما لا يجوز استئجار الجحش للحمل والركوب؛ إذِ المقصود من الاستئجار لا يحصل به في المال، ولما كان كذلك اعتبرنا جانب الثمرة فيما إذا كانت هذه العيوب بالمرأة.

ولم يثبت الخيار بالفسخ؛ جريًا على الأصل؛ وهو: أن النكاح لا يقبل الفسخ؛ لأن الزوج متمكن من الاستمتاع بغيرها بأن يتزوج غيرها، أو يطلقها ويتزوج بغيرها؛ فرعينا جانب الأصالة إذا كان العَيب بالزوج؛ لأنها لا تتمكن من الاستمتاع بغيره مع بقاء نكاحه، ولا تتمكن من تطليق نفسها؛ فقلنا: لها الخيار.

وفي الخنثى لو كان يبول من مبال الرجال يجوز له التزوج، فلو لم يصل إلى النساء؛ يؤجل[1].

وفي الأمة الخيار لمولاها. وهو رواية عن أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف، وفي الواقعات: وعليه الفتوى.

وعند زفر: للأمَةِ، ومُدركهما: اعتبار الولد وهو حق المولى، ولقوله: اعتبار الشهوة. وقد تقدَّم.

وفي المرغيناني: عن علي "أفيضوا على العنين الدحج والعسل؛ ليراجع نفسَه"[2].

وفي الواقعات: إذا قامت معه مطاوعة له في المضاجعة بعد الأجل لا يكون ذلك منها -هكذا قال أبو يوسف: وعليه الفتوى-؛ فإن النكاح قائمٌ إلا أن يخيرها بعد مُضي المدة.

(١) انظر: المبسوط للسَّرَخسِي (٥/ ١٠٤).
(٢) انظر: المبسوط للسَّرَخسِي (٥/ ١٠٢).

بَابُ العِدَّةِ

(وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امرَأَتَهُ طَلَاقًا بَائِنًا أَو رَجعِيًّا أَو وَقَعَت الفُرقَةُ بَينَهُمَا بِغَيرِ

باب العدة

لما كانت العدة متعقبة للطلاق، ولما تماثله من الفراق؛ أورد العدة بعد ذكر وجوه الفراق من الطلاق وغيره.

في الصحاح: عدة المرأة أيام أقرائها. -وقيل: هي عبارة عن تربص المرأة بعد زوال النكاح أو شبهته، ويقال: عددتُ الشيء عِدّة؛ أي: أحصيه قال تعالى: ﴿وَأَحْصُوا۟ ٱلْعِدَّةَ﴾ [الطلاق ١]- والعُدّة بالضم: الاستعداد والتهيؤ للأمر، والعُدة أيضًا: ما أعددته لحوادث الدهر من المال والسلاح(١).

وفي المنافع: العدة: بمعنى المعدود، وسمي زمان التربص بها؛ لأنها تعد الأيام المضروبة عليها في الشرع.

ثم سببها: نكاح متأكد بالدخول أو بالموت.

وركنها: حرمات ثابتة إلى أجل. وهي تكون بحيض وشهور ووضع حمل.

وشرطها: الفرقة بطلاق وغيره.

وحكمها: عدم جواز نكاح الغير وأختها وأربع سواها وما يجري مجراها.

ومحظوراتها: كالزينة، والتطيب في المبانة، والخروج عن البيت عمومًا.

ثم أجمع العلماء على أن التربص مأمور به في العدة؛ لكن اختلفوا فيما ينقضي التربص: فعندنا وأحمد: ينقضي بثلاث حيض، وعند الشافعي ومالك: بثلاثة أطهار. إلى الكل أشير في الأسرار.

قوله: (أو رجعيًّا)، ولم يذكر في بعض النسخ: (أو رجعيًّا)، ولا بد من ذكره.

[٤٩٠/ب] ولم يذكر الدخول في الطلاق بناء على الأصل؛ إذ الأصل في النكاح الدخول؛ لأن العدة تجب بعد الدخول وهو المشهور؛ لأن العدة لا تجب على غير المدخول بالنص.

---

(١) الصحاح تاج اللغة للجوهري (٥٠٦/٢).

طَلَاق وَهِيَ حُرَّةٌ مِمَّن تَحِيضُ، فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أَقرَاء) لِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وَالفُرقَةُ إِذَا كَانَت بِغَيرِ طَلَاق، فَهِيَ فِي مَعنَى الطَّلَاقِ، لِأَنَّ العِدَّةَ وَجَبَت لِلتَّعَرُّفِ عَن بَرَاءَةِ الرَّحِمِ فِي الفُرقَةِ الطَّارِئَةِ عَلَى النِّكَاحِ، وَهَذَا يَتَحَقَّقُ فِيهَا.

(**لقوله تعالى**): ﴿ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة ٢٢٨] **أول الآية**: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾) [البقرة ٢٢٨]، والمراد بهن المدخولات بهن من ذوات الحيض، وهو خبر في معنى الأمر، وأصل الكلام: وليتربص المطلقات؛ قال الكوفيون: لام الأمر محذوف، فاستغنى عن ذكره. إليه أشير في الإيضاح.

وإخراج الأمر في صورة الخبر؛ تأكيد للأمر وإشعار بأنه مما يجب أن يتلقى بالمسارعة إلى امتثاله، ونحوه قولهم في الدعاء: "رَحِمكَ الله" أخرج في صورة الخبر ثقة بالاستجابة، كأنما وجدت الرحمة فهو يخبر عنها، وبناؤه على المبتدأ يدل على زيادة التأكيد.

ولو قيل: يتربص المطلقات لم يكن بتلك الوكادة؛ لأن الجملة الاسمية تدل على الدوام والثبات بخلاف الفعلية.

وفي ذكر الأنفس: تهييج لهن على التربّص، وزيادة تعب؛ إذ أنفسهن طوامح إلى الرجال؛ فأمرن أن: يقمَعْنَ أنفسهن، ويغلبنها عن الطموح، ويجبرنها على التربّص.

وانتصب "ثلاثة" على الظرف؛ أي: يتربصن مدة ثلاثة قروء.

وجاء المميز على جمع الكثرة دون القلة التي هي الأقراء؛ لجواز استعمال أحد الجمعين مكان الآخر؛ لاشتراكهما في الجمعية.

ولعل "القروء" أكثر في جمع قرء من الأقراء؛ فأوثر عليه تنزيلًا لقليل الاستعمال منزلة المهمل.

والقرء: مشترك بين الحيض والطهر. وهذا البحث بتمامه مذكور في الأصول[١].

---

(١) انظر: كشف الأسرار لعبدالعزيز البخاري (١/ ٨٠).

وَالأَقْرَاءُ الحِيَضُ عِندَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الأَطهَارُ، وَاللَّفظُ حَقِيقَةٌ فِيهِمَا، إذ هُوَ مِن الأَضدَادِ، كَذَا قَالَهُ ابنُ السِّكِّيتِ، وَلَا يَنتَظِمُهُمَا جُملَة لِلإشتِرَاكِ، وَالحَملُ عَلَى

قوله: (والأقراء: الحِيَض عندنا) وهو قول: الخلفاء الأربعة، والعبادلة، وأُبَي بن كعب، ومعاذ بن جبل، وأبي الدرداء، وعبادة بن الصامت، وزيد بن ثابت، وأبي موسى الأشعري. وزاد أبو داود والنسائي: ومعبد الجهني وعبد الله بن قيس. وهو قول: طاووس، وعطاء، وابن المسيب، وسعيد بن جبير، والحسن بن حييّ، وشَريك بن عبد الله القاضي، والحسن البصري، والثوري، والأوزاعي، وابن شبرمة، وأبي عبيد، وربيعة، ومجاهد، ومقاتل، وقتادة، والضحاك، وعكرمة، والسّديّ، وأحمد، وأصحاب الظاهر[١].

قال أحمد: كنت أقول الأطهار ثم وُقِّفْتُ لقول الأكابر[٢].

وقال أبو بكر الرازي -وإليه انتهت رئاسة الحنفية ببغداد بعد أبي الحسن الكرخي-: أن الشعبي روى عن ثلاثة عشر من أصحاب رسول الله ﷺ أن الرجل أحق بامرأته ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة[٣].

(وقال الشافعي: الأطهار)[٤]، وبه قال مالك[٥]، ويروي ذلك عن عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت[٦].

وفائدة الخلاف: فيما إذا طلّق في الطهر؛ لا تنقضي عدتها ما لم تطهر من الحيضة الثالثة عندنا وعنده، كما شرعت في الحيضة الثالثة.

(إذ هو)؛ أي: القرْءُ **(من الأضداد)**؛ قال الجوهري: هو من الأضداد[٧]؛ كالجَوْن للظلمة والنّور، والصَّريم لليل والنهار، **(ولا ينتظمهما جملة للاشتراك)**؛ لأنه لا عموم للمشترك بين الأضداد بالإجماع، ولأنه وقع الاختلاف في المراد

---

(١) انظر: المحلّى بالآثار لابن حزم (١٠/ ٢٨)، المغني لابن قدامة (٨/ ١٠١).
(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٨/ ١٠١). (٣) أحكام القرآن للجصاص (٢/ ٥٥).
(٤) الأم للشافعي (٥/ ٢٢٤).
(٥) انظر: عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٥٧٢).
(٦) انظر: المحلّى بالآثار لابن حزم (١٠/ ٢٨)، المغني لابن قدامة (٨/ ١٠١).
(٧) الصحاح تاج اللغة للجوهري (١/ ٦٣).

الحَيضِ أولَى، إمَّا عَمَلًا بِلَفظِ الجَمعِ، لِأَنَّهُ لَو حُمِلَ عَلَى الأَطهَارِ وَالطَّلَاقُ يُوقَعُ فِي طُهر لَم يَبْقَ جَمعًا، أَو لِأَنَّهُ مُعَرِّفٌ لِبَرَاءَةِ الرَّحِمِ، وَهُوَ المَقصُودُ، أَو لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «وَعِدَّةُ الأَمَةِ حَيضَتَانِ» فَيَلتَحِقُ بَيَانًا بِهِ ....

من الآية بين الصحابة، وما حمله أحد عليهما فحلَّ محلَّ الإجماع في أنه لا ينتظمهما.

(عملًا بلفظ الجمع) أراد به الأقراء، وهو جمع قرء بالفتح والضم، والجمع الصحيح هو الثلاثة.

وفي الحمل على الأطهار؛ تكون عدتها قرءين وبعض الثالث؛ فلم تكن ثلاثاً كوامل.

ولو قيل: الجمع يطلق على اثنين وبعض الثالث كما في قوله تعالى: ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ﴾ [البقرة ١٩٧] والمراد: شهران وبعض الثالث.

قلنا: هذا بطريق المجاز ثبت على خلاف الأصل بالإجماع؛ فلا يقاس عليه غيره، مع أن ذلك إنما يستقيم في جمع غير مقرون بالعدد، وهاهنا مقرون بالعدد وهو الثلاثة، وأنه لفظ خص لعدد معلوم فلا يحتمل غيره.

والطلاق المسنون في طهر، فلو حملناه على الأطهار؛ لانقضت العدة بقرءين وبعض الثالث.

(أو لأنه)؛ أي: لأن الحيض **(مُعَرِّف لبراءة الرحم)**؛ [إذ تعريف براءة الرحم][١] يحصل بالحيض لا بالطهر؛ لما أن الحمل طهر ممتد، فيجتمعان فلا يحصل التعريف بأنها حامل أو حائل.

(فيلتحق)؛ أي خبر الواحد **(بيانًا به)**؛ أي: بالكتاب؛ أي: لمجمله، فكان الحديث مبيِّنًا حكم الكتاب لا مُغيِّرًا له.

وفي الأسرار: قوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ﴾ [الطلاق ٤]؛ جعل الله العدة شهرًا بشرط عدم الحيض، فدل [أن][٢] المحيض أصل في العدة

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

....

والشهور يدل عليها كما في قوله تعالى: ﴿فَلَمْ تَجِدُوا۟ مَآءً﴾ [النساء ٤٣][(١)].

فإن قيل: الأصل أطهار لا وجود لها إلا بالمحيض، فإن الطهر قبل الحيض لا يسمى قرءًا ولا انعدام لهذا القروء إلا بانعدام الحيض[٤٩١/أ] فكان قوله: ﴿يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ﴾ [الطلاق ٤] مجاز عن قوله: "يئسن من الأطهار" فلذا استقام الإبدال.

قيل: إن الكلام لحقيقته حتى يقوم دليل على مجازه. كذا قيل، وهذا السؤال مذكور في شرح البزدوي والمنار.

وذكر السرخسي في شرحه: احتج الشافعي بوجوه:

الأول: أنه قال: ﴿ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾، ولو كان المراد بها الحيض ينبغي أن تجمع على أقراء كما في قوله عليه السلام: «دَعِي الصّلَاةَ أَيّامَ أَقْرَائِك»[(٢)]. واستدل بقول الأعشى[(٣)]:

مـوَرِّثَـةٍ مـالاً وفـي الـحَـيِّ رِفْـعَـةً ... لِـمـا ضَـاعَ فـيـهـا مـن قُـروءِ نِـسَـائِـكـا

أراد به الأطهار؛ لأن أيام الحيض ضائع حاضرًا كان أو غائبًا.

وقلنا: هذا ليس بلازم؛ بل يجمع الحيض أيضًا بقروء؛ قال عليه السلام لفاطمة بنت [أبي][(٤)] حبيش: «**فانظري إذا أتاكِ قَرْؤك فلا تصلِّي، فإذا مرَّ قَرْؤكِ فتطهَّري**» رواه أبو داود والنسائي[(٥)].

والوجه الثاني: إثبات التاء في ثلاثة، وقد ذكر في الأصول مع جوابه. قال ابن الحاجب في مقدمته: إذا كان المعدود مؤنثًا واللفظ مذكرًا وبالعكس فوجهان.

والوجه الثالث: حديث ابن عمر المتفق عليه «**مرهُ أن يراجعَها، ثمَّ ليتركها حتى تطهرَ، ثمَّ ليطلِّقها**»[(٦)]، فلما أمره أن يطلقها في الطهر ونهاه أن يطلقها في

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٧).
(٢) أخرجه الدار قطني (١/ ٣٩٤، برقم ٨٢٢).
(٣) البيت من الطويل. ديوان الأعشى (٢/ ٣٩).
(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٥) أخرجه أبو داود (١/ ٧٢، برقم ٢٨٠)، والنسائي (١/ ١٢١، برقم ٢١١).
(٦) أخرجه البخاري (٧/ ٤١، برقم ٥٢٥١)، ومسلم (٢/ ١٠٩٣، برقم ١٤٧١).

....

الحيض يثبت أن الأقراء هي الأطهار.

قال الطحاوي: قد جاء في هذا الحديث أنه عليه السلام أمره أن يراجعها ثم يمهلها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر؛ ليطلقها، وتلك العدة التي أمر الله أن يُطلَّق لها النساء، فلما لم يبح له الطلاق في ذلك الطهر حتى يكون بعد حيضة ثم طهر؛ ثبت بذلك أن تلك العدة وقت تطليق النساء إلا أنه معتبر في العدة؛ يؤيده أنه عليه السلام خاطب عمر بقوله: «**فتلك العدة التي أمر الله أن تُطَلَّقَ لها النساء**»، ولم يكن ذلك عنده دليلًا على أن الأقراء هي الطلاق؛ لأن مذهب عمر أن الأقراء هي الحيض[١].

وفي المنتقى لابن تيمية: الصحيح من قول عمر أن عدة الحرة ثلاث حيض وعدة الأمة حيضتان، وإنما الضعف في رفعه[٢].

والرابع: قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق ١]، والطلاق يوقع في الطهر لا في العدة، وقالوا: "اللام" بمعنى "في"؛ فعلم أن الطلاق يقع في العدة فلا يكون الحيض من العدة.

والجواب أن الطلاق في وقت العدة غير مسلم فإنه قرأ "**فطلقوهن لقبل عدتهن**" ذكره في صحيح مسلم[٣]. وقلنا: لو كان اللام بمعنى "في" ينبغي أن يوجد قبل الطلاق؛ لأن وجود الظرف قبل وجود المظروف.

والخامس: أن القرء هو الجمع لغة، ومنه المقرأة: للحوض والغدير، وفي الطهر يجتمع الدم ثم يخرج فكان إطلاق القرء على الطهر أليق.

قلنا: لو اجتمع الحيض في زمن الطهر لا ندفع فيه؛ فإن الرحم غير مسدود. ولأن الطهر لا يجوز أن يسمى قرءًا قبل سيلان الدم؛ لأنه لا يتعلق به حكم قبل العلم بوجوده، ولا يمكن معرفة الدم في حال الطهر.

---

(١) شرح معاني الآثار للطحاوي (٣/ ٦٠).

(٢) منتقى الأخبار لمجد الدين ابن تيمية (ص٨٢٩).

(٣) أخرجه مسلم (٢/ ١٠٩٨، برقم ١٤٧١) بلفظ: قال ابن عمر: وقرأ النبي صلى ﷺ: «يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن في قبل عدتهن».

....

وفي الروضة: القرء في العدة: [الطهر][(١)] الذي قبله دم وبعده.

ولنا وجوه:

أحدها: قول جمهور الصحابة والتابعين وقد ذكرناه، وما روى عن ابن عمر وعائشة أنها الأطهار، فقد روى عنهم خلافة؛ فلا يحتج بقولهما لاضطرابه.

والثاني: ما قلنا أنه لو حمل على الأطهار ينتقض عدد الثلاثة. وقد بيناه.

الثالث: قال الفراء: القرء خروج الدم، وحقيقته في اللغة خروجه لوقت، وإياك لقرءه: أي لوقته ولقارئه مثله، قال الأعشى[(٢)]:

كَرِهْتُ الْعُقْرَ عُقْرَ بَنِي سَلِيْلٍ إِذَا هَبَّتْ لِقَارِيهَا الرِّيَاحُ

والقاري: الوقت.

وذكر الجوهري البيت للهذلي. وقيل: لتأبّط شرًّا. وقيل: لأبي ذؤيب، وقال أصحاب الأصمعي: لمالك بن الحارث أخي بني كاهل الهذلي.

وبمعنى الوقت جاء في أشعار العرب كثيرًا، والوقت المعلوم يكون لمجيء الحيض لا الطهر.

قال الشيخ أبو بكر الرازي في أحكام القرآن: فإذا ثبت أن القرء للوقت فهو أولى للحيض؛ لأن الأوقات إنما هي لما يحدث فيه الحادث، والحيض هو الحادث فيه، والطهر عدم الحيض وليس هو شيء حادث، ولو كان القرء هو الجمع والتأليف فالحيض أولى به؛ لأن دم الحيض هو المجتمع[(٣)].

والرابع: أن إطلاق القرء حقيقة على الحيض، وعلى الطهر مجاز، والحقيقة أولى، ولهذا لا ينتفي اسم القرء عن الحيض وينتفي عن الطهر، وقد بين في الأصول.

والخامس: قوله عليه السلام: «**عِدَّةُ الأَمَةِ حيضتان**» رواه أبو داود وابن

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) البيت من الوافر. انظر: ديوان ثابت بن جابر (ص٩).
(٣) أحكام القرآن للجصاص (٢/ ٥٦).

....

ماجه والدارقطني [٤٩١/ب] والترمذي وقال: حديث غريب، وقد عمل به أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ.

وقول ابن تيمية في المنتقى: الصحيح من قول ابن عمر "عِدّةُ الحرة ثلاثة وعِدَّةُ الأمة حيضتان". يبطل تعلقهم بقول زيد؛ لاضطرابه.

السادس: قال أبو بكر الرازي: أجمعت الأئمة على أن الاستبراء بحيضة في سبايا أوطاس، رواه أحمد وداود، ومعلوم أن أصل العدة موضوع للاستبراء ولتعرف براءة الرحم. والثانية لحرمة النكاح. والثالثة لفضيلة الحرية فينبغي أن تكون العدة بالحيض[١].

والسابع: قال عمر بمحضر [من][٢] الصحابة: "لو قدرت أن أجعل عدة الأمة حيضة ونصفا لفعلت"[٣]، ولما أمكن التنصيف في بدلها جعله شهرًا ونصفًا، وهو قول عمر وعلي وابن عمر والشعبي والثوري، وابن المسيب والشافعي وأحمد في رواية.

[وقال الشافعي في قول، وأحمد في رواية][٤] أنها شهرين كالحيضتين، وبه قال النخعي والبصري، ومجاهد وربيعة ومالك.

وقال الشافعي في القول الثالث: أن عدتها ثلاثة أشهر، وهو رواية عن أحمد، وفيه مخالفة السلف بإحداث قول ثالث.

والثامن: ذكر ابن تيمية في المنتقى عن عائشة قالت: "أمرت بريرة أن تعتد بثلاث حيض[٥]"، وعزاه [إلى][٦] ابن ماجة صاحب أهل الكتب الستة. وعن ابن عباس: "أن تعتَدَّ بعدة الحرة" وعزاه إلى أحمد والدارقطني[٧]. فعلم أن

---

(١) أحكام القرآن للجصاص (٥٨/٢).
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) أخرجه البيهقي (٦٩٩/٧، برقم ١٥٤٥٣).
(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٥) في الأصل: (تعتد بعدة الحرة حيض) وما أثبتناه من النسخة الثانية والثالثة؛ لموافقته للمنتقى.
(٦) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٧) منتقى الأخبار للمجد ابن تيمية (ص٨٢٩).

....

عدتها ثلاث حيض، وهي كانت حرة.

والتاسع: الترجيح؛ وذلك أن السر في وجوب العدة: معرفة فراغ الرحم عن الشغل، والحيض هو الذي جعله الشرع دليلًا عليه، ولهذا لو كانت ممتدة الطهر؛ لا اعتبار لأطهارها حتى تدخل في سِنِّ الإياس، والطهر يدل على الشغل دون الفراغ؛ فكان الحيض أولى بالاعتبار.

والعاشر: أن فيما قالوا اشتراط أربعة أقراء وهو خلاف النص؛ بيانه: أنها لو طلقت في أول الطهر يعتد به قرءاً عندهم فتحتاج بعده إلى طهرين وحيضة فتصير أربعة أقراء؛ لأنها إذا أرادت الدم من الحيضة الثالثة لا تنقضي عدتها حتى يتم يوم وليلة أقل مدة الحيض عندهم. رواه البويطي عن الشافعي[١].

وعندنا: يطلقها في آخر الطهر، ولا اعتبار بذلك الجزء في العدة؛ فلم تكن إلا ثلاث حيض.

والحادي عشر: الأخذ بما قلنا أولى وأحوط؛ لأنه يبقي الثلاثة ثلاثة كما ذكرنا في الأصول.

والثاني عشر: في إبطال مذهبهم: أنه لو جاز أن يكون تنقضي العدة ببعض الطهر الذي وقع فيه الطلاق؛ لجاز أن تنقضي ببعض الطهر الثالث والتفرقة بينهما تَحَكُّم وشغب.

والثالث عشر: أن العدة تجب بعد الطلاق؛ لأنه سببها، فإذا طلقها في آخر جزء الطهر وحاضت عقيبه من غير فصل؛ وجب أن تكون تلك الحيضة ابتداء عدتها؛ لاستحالة وجوبها قبل الطلاق أو حال وقوعه، ولم يعتبر أحد في وجود الحيض أن يكون عقيب الطلاق أو متراخيًا عنه؛ فأوجب أن يكون عقيب الطلاق أو متراخيًا عنه فأوجب أن يكون الحيض هو المعتد به في الأقراء دون الطهر.

والرابع عشر: زعموا أن وجوب العدة تعبد. ذكره ابن العربي. فإذا وجبت بالأطهار لم تكن معقولة المعنى وبالحيض معقولة المعنى.

---

(١) انظر: البيان للعمراني (١١/١٨).

....

وقلنا: الأصل أن تكون الأحكام الشرعية معقولة المعنى والتعبد على خلاف الأصل، والدليل عليه التفرقة بين الدخول وعدمه في وجوبها، ووجوبها بالنكاح الفاسد بعد الوطء، وبالوطء بشبهة، ومنع سقى فرع الغير معقول وتضييع الأنساب حرام.

والخامس عشر: ذكر أبو علي الجرجاني في كتاب ضروب نظم القرآن قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة ٢٢٨] جاء مجيء العموم ثم خصّ الله تعالى من هذا العموم خصوصًا مجيء الاستثناء وإن لم يكن بلفظه؛ لأنه مختص عما قبله، فقال تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ﴾ [الطلاق ٤] وقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق ٤] ووجه الكلام في مجاري العربية، وسَيأْتي التأليف والنظم أن يكون المخصوص من الشيء في مثل معناه ومن جنسه، وإن كان الحكمان فيهما مختلفين، والمرأة لا تخلو في دهرها عن الحيض أو الطهر، والتي لا تحيض من صغر أو كبر لها حالة واحدة؛ فلما قال تعالى بعدما ألزم المطلقة من العدة: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ﴾ [الطلاق ٤] الآية ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ﴾ فذكر الحيض، والحيض ليس من جنس الطهر في المعنى؛ فكان ذلك بيانا أن العموم الذي استثنى منه هذا الخصوص مثله، ومن جنسه، وقد بيناه بما نقل من الأسرار.

والسادس عشر: أنه لما أبدله بالطهر، والطهر الذي أبدله مثل الطهر الذي عدم؛ إذ هما سواء في زوال [٤٩٢/أ] الحيض؛ فعلم أن المراد منه الحيض.

والسابع عشر: أجمعت الأمة أن التي لا تحيض لو اعتدت بشهرين وتسعة وعشرين يومًا ثم رأت الدم؛ عدتها بالشهور تبطل ويلزمها استقبال العدة؛ فلو كانت هي الأطهار، وقد جاءت بالأطهار ثلاثة أشهر إلا يومًا؛ لم يبطل برؤيته يومًا واحدًا دمًا إن لم يكن الحيض من العدة في شيء؛ فعلم أن عدتها صارت الحيض، فكذا أُبطِلَ ما قبله وإلا لما أبطل.

والثامن عشر: ما ذكرنا من إقامة الأشهر عند الإياس؛ بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق ٤] وقد بيناه.

(وَإِن كَانَت لَا تَحِيضُ مِن صِغَر أَو كِبَر فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أَشهُر) لِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ﴾ [الطلاق: ٤] الآيَةَ (وَكَذَا الَّتِي بَلَغَت بِالسِّنِّ وَلَم تَحِض) بِآخِرِ الآيَةِ.

والتاسع عشر: ما روي أن امرأة ثابت بن قيس لما اختلعت من زوجها جعل رسول الله ﷺ عدتها الحيض. رواه النسائي[١]، وقضى بذلك عثمان. رواه النسائي[٢].

والعشرون: في إلزام مالك؛ [ما ذكره في المقدمات عن مالك][٣] أن الكتابية إذا مات زوجها بعد الدخول تعتد بثلاث حيض في قول[٤]. فقد أوجب العدة في الحرة بالحيض.

والحادي والعشرون: يقال: قَرَأَ النجمُ إذا انتقل، والدم هو الذي ينتقل دون الطهر. ذكره في المبسوط والأصول[٥].

قوله: (فعدتها ثلاثة أشهر)؛ أي: بالإجماع **(وكذا الَّتي بلغت بالسِّنِّ ولم تحض)**؛ أي: فعدتهن ثلاثة أشهر، فحذف المبتدأ والخبر؛ لدلالة ما تقدم **(بآخر الآية)** وهو قوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ﴾ [الطلاق ٤]؛ أي: الصغائر اللاتي لم يبلغن، واللائي بلغن بغير الحيض كذلك تعتد بثلاثة أشهر، كذا في التيسير.

في المغني: إذا بلغت خمسة عشر ولم تحض -عند أبي يوسف ومحمد والشافعي وأحمد-، أو سبعة عشر -عند أبي حنيفة ومالك-؛ فعدتها ثلاثة أشهر عندهم[٦].

واختلفوا في قوله تعالى: ﴿إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ﴾ [الطلاق ٤]؛ أي: شككتم.

قيل: ارتبتم في المسألة؛ قالا له: كيف كانت تعتد بالأشهر؟

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٦٩، برقم ٢٢٢٩) وقال: مرسل، والترمذي (٢/ ٤٨٢، برقم ١١٨٥) وقال: حسن غريب، والنسائي (٦/ ١٨٦، برقم ٣٤٩٧).
(٢) أخرجه النسائي (٦/ ١٨٦، برقم ٣٤٩٨).
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) المقدمات الممهدات لابن رشد الجد (١/ ٥٠٨).
(٥) المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ١٤).
(٦) المغني لابن قدامة (٨/ ١٠٨).

(وَإِن كَانَت حَامِلًا فَعِدَّتُهَا أَن تَضعَ حَملَهَا) لِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] ....

وقالت الشيعة: إن ارتبتم في حال المرأة وإياسها، وإن قطعت على الإياس؛ فلا عدة عليها.

وقيل: إن ارتبتم فلا تدرون انقطع حيضهن لكبر أم لعارض؛ فعدتهن ثلاثة أشهر؛ فهذه مدة المرتاب بها.

وفي المبسوط: قال مالك: المراد ارتياب المرأة في حال نفسها أنها هل تحيض بعد هذا أم لا؟ حتى إذا ارتابت تربصت سنة ثم اعتدت بثلاثة أشهر. ولكنا نقول: لما نزل قوله تعالى: ﴿ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة ٢٢٨] قالوا فيما بينهم فإن كانت ممن لا[1] تحيض من صغر أو كبر؟ وارتابوا في ذلك؛ فنزل قوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ﴾ [الطلاق ٤] وقد فهموا من القرء: الحيض[2]. وتقديره بسنة لا أصل له في المعنى.

طلقها بعد ارتفاع حيضها ولا تدري ما رفعه؛ تعتد لسنة تسعة أشهر؛ ليعلم براءة رحمها، وثلاثة أشهر عدة الآيسة. يروي ذلك عن عمر رضي الله عنه وهو قول مالك، وأحمد، وأحد قولي الشافعي.

وعنه: تتربص أربع سنن ثم ثلاثة أشهر.

وفي الجديد: تكون في العدة أبدًا حتى تحيض أو تبلغ فتعتد بثلاثة أشهر. وهذا قول أصحابنا، وجابر بن زيد، وعطاء، وطاووس، والشعبي، والنخعي، والزهري، وأبو زياد، وأبي عبيد، وأهل العراق، وهو مذهب علي وعثمان، كما قال مالك "إن ارتبن" واختاره أشهب من المالكية.

قوله: (وإن كانت حاملًا)؛ أي: المطلقة **(فعدتها أن تضع)**؛ أي: انقضاء عدتها ولا نعلم فيه خلاف، وكذا لو كان الحمل بالنكاح الفاسد أو بالوطء بالشبهة.

---

(١) في الأصل: (فإن كانت مما) وما أثبتناه من النسخة الثانية والثالثة؛ لموافقة المبسوط.
(٢) المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ١٥).

(وَإِن كَانَت أَمَةً فَعِدَّتُهَا حَيضَتَانِ) لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «طَلَاقُ الأَمَةِ تَطلِيقَتَانِ وَعِدَّتُهَا حَيضَتَانِ» وَلِأَنَّ الرِّقَّ مُنَصِّفٌ، وَالحَيضَةُ لَا تَتَجَزَّأُ، فَكُمِّلَت فَصَارَت حَيضَتَينِ، وَإِلَيهِ أَشَارَ عُمَرُ بِقَولِهِ: «لَو استَطَعتُ لَجَعَلتهَا حَيضَة وَنِصفًا» (وَإِن كَانَت لَا تَحِيضُ فَعِدَّتُهَا شَهرٌ وَنِصفٌ) لِأَنَّهُ مُتَجَزِّىءٌ فَأَمكَنَ تَنصِيفُهُ عَمَلًا بِالرِّقِّ.

(وَعِدَّةُ الحُرَّةِ فِي الوَفَاةِ أَربَعَةُ أَشهُرٍ وَعَشرٌ) ....

قوله: (وإن كانت)؛ أي: المطلقة **(أمة فعدتها حيضتان)**، وبه قال أحمد[1].

وقال الشافعي[2]، ومالك[3]: قرءان وهما طهران.

وكذا لو كانت مدبَّرة أو أمَّ ولد أو مكاتبةً؛ لإطلاق الحديث.

فإن قيل: النص الوارد في المطلقات عام وتخصيص العام ابتداءً لا يجوز بخبر الواحد والقياس، ولهذا قال أبو بكر الأصم وابن سيرين والظاهرية: عدتها ثلاثة أشهر كعدة الحرائر[4].

قلنا: هذا حديث مشهور عمل به كبار الصحابة والتابعين وتلقته الأمة بالقبول، فدخل في حد المشاهير، مع أن النص وارد في الحرائر بدليل سياق الآية؛ وهو قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة ٢٢٩] أو هو ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ﴾ أو ﴿يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ﴾، مخصوص عنه بالنص فيكون عامًّا مخصوصًا.

(ولأن الرق مُنصِّف)؛ أي: له أثر في تنصيف النعم بالنص، والعدة نعمة في حقهن؛ لما فيها من تعظيم [ملك النكاح][5]، واستحقاقها بوصف الآدمية، وقد أثر الرق في نقصانها؛ فيؤثر في نقصان النعمة، **(والحيضة [لا تتجزأ])**[6] فلا تنتصف؛ لأنها تختلف قلة وكثرة ووقتا **(فكملت فصارت حيضتين)**.

قوله: (وَعِدَّةُ الحُرَّةِ فِي الوَفَاةِ أَرْبَعَةُ أشهر وَعَشْرٍ) سواء كانت مسلمة، أو

---

(١) انظر: عمدة الفقه لابن قدامة (ص: ١٠٦).
(٢) انظر: البيان للعمراني (١١/ ٣١).
(٣) انظر: التبصرة للخمي (٥/ ٢٢٠٣).
(٤) انظر: المحلّى بالآثار لابن حزم (١٠/ ١١٥).
(٥) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٦) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ ....

كتابية تحت مسلم، صغيرة كانت أو كبيرة آيسة، وزوجها [٤٩٢/ب] حرٌّ أو عبدًا، قبل الدخول وبعده.

وقال مالك: يشترط معها حيضة في الموطوءة. مع أن الحامل تحيض عنده، وخالف مالكًا أشهب.

واختلف قول مالك في الكتابية(١): على قول: تُسْتَبْرَأُ بثلاث حيض؛ لأنها غير مخاطبة بشرائع الإسلام. وعلى قولٍ: تُستبرأ بحيضة إن كانت موطوءة، وإلا لا عدة عليها لا في الطلاق ولا في الوفاة واتباع الكتاب والسنة حتم. ولم يرد فيهما اشتراط حيضة مع المدة المذكورة.

اختلف السلف(٢) فيها في أربعة فصول:

أحدها: أن منهم من قال أن لها عدتان: الطُّولَى: وهي الحول، والقُصرَى: وهي أربعة أشهرٍ وعشرا؛ كما قال تعالى: ﴿وَصِيَّةً لِّأَزْوَاجِهِم مَّتَاعًا إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ فَإِنْ خَرَجْنَ﴾ [البقرة ٢٤٠] أي: بعد أربعة أشهر وعشرا ﴿فَلَا جُنَاحَ﴾ ففيه بيان العدة الكاملة هي الحول، والاكتفاء بأربعة أشهر وعشر رخصة لها.

وقال عامة أهل العلم: هذه الآية منسوخة وكان ذلك في الابتداء ثم نسخ بقوله تعالى: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة ٢٣٤]؛ بدليل أنه عليه السلام قال لمن استأذنته في الاكتحال إذا مات عنها زوجها «**كانت إحداكنَّ في الجاهليَّةِ إذا توفَّى عنها زوجُها قعدتْ في بيتِها حولًا ثم خرجَت فرمَت ببعرةٍ، أفلا تصبرَ أربعة أشهرٍ وعشرًا**»(٣).

والثاني: أن المعتبر عشر ليال وعشرة أيام عند الجمهور.

وقال عبد الله بن عمرو بن العاص عشر ليال وتسعة، وبه قال الأوزاعي حتى يجوز لها أن تتزوج في اليوم العاشر؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿وَعَشْرًا﴾

---

(١) انظر: التبصرة للخمي (٥/ ٢٢٧١).

(٢) في الأصل: (الشافعي) وما أثبتناه من النسخة الثانية والثالثة.

(٣) أخرجه البخاري (٧/ ٥٩، برقم ٥٣٣٦)، ومسلم (٢/ ١١٢٤، برقم ١٤٨٨) من حديث أم سلمة.

(وَعِدَّةُ الأَمَةِ شَهرَانِ وَخمسَةُ أَيَّام) لِأَنَّ الرِّقَّ مُنَصِّفٌ.

(وَإِن كَانَت حَامِلًا فَعِدَّتُهَا أَن تَضَعَ حَملَهَا) لِإِطلَاقِ قَوله تَعَالَى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ﴾ [الطلاق: ٤] ....

[البقرة٢٣٤]؛ لأن جمع [المؤنث يُذكَّر، وجمع][١] المذكر يُؤنَّث يقال: عشرة أيام وعشر ليال؛ عرف أن المراد الليالي. وقلنا: هو كذلك؛ لأن ذكر أحد العددين من الأيام والليالي بعبارة الجمع يقتضي دخول ما بإزائها من العدد الآخر، وقد بيّن هذا في الاعتكاف؛ فقال: عشرًا ذهابًا إلى الليالي والأيام داخلة.

والثالث: أن المتوفَّى عنها زوجها إذا كانت حاملًا؛ فعدتها وضع الحمل عند الأكثر. وكان علي يقول: تعتدُّ بأبعدِ الأجلين كما يجيء.

والرابع: أن عدتها معتبرة من وقت الوفاة عند الأكثر.

وكان علي ﷺ يقول: من وقت العلم بالموت؛ لأن عليها الحداد في عدة الوفاة ولا يمكنها إقامة سُنّة الحداد بلا علم. ولأن هذه العدة تجب بطريق العبادة فلا بد من علمها.

وقلنا: العدة مجرد مضي المدة وذا يتحقق بلا علمها، فهي وعدة الطلاق سواء، وعدم إقامة سنة الحداد لا يمنع انقضائها كما لو كانت عالمة بالوفاة وترك سنة الحداد، ومعنى العبادة تبع لا مقصود؛ ألا ترى أنها تجب على الكتابية تحت المسلم، وهي لا تخاطب بالعبادة؟. كذا في المبسوط[٢].

قوله: (**وَعِدَّةُ الأَمَةِ شَهْرَانِ وَخَمْسَةُ أَيَّام**) وعليه الأئمة الأربعة والجمهور من السلف إلا ما نقل عن ابن سيرين والأصم والظاهرية. كما ذكرنا.

وجه الجمهور: (**أن الرق مُنَصِّف**) كما ذكرناه.

قوله: (**فعدتها أن تضع حملها**) وعليه فقهاء الأمصار وأكثر السلف سواء كانت حرة أو أمة أو مطلقة أو متوفى عنها زوجها، أو بعد الفسخ من النكاح الفاسد أو الوطء بالشبهة؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ﴾ [الطلاق ٤].

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية والثالثة.

(٢) المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ٣٢).

وَقَالَ عَبدُ اللَّهِ بنُ مَسعُود: «مَن شَاءَ بَاهَلْتُهُ أَنَّ سُورَةَ النِّسَاءِ القُصرَى نَزَلَت بَعدَ الآيَةِ الَّتِي فِي سُورَةِ البَقَرَةِ». وَقَالَ عُمَرُ: «لَو وَضَعَت وَزَوجُهَا عَلَى سَرِيرِهِ لَانقَضَت عِدَّتُهَا وَحَلَّ لَهَا أَن تَتَزَوَّجَ».

وعن علي وابن عباس في رواية "تعتدُّ المتوفَّى عنها زوجها بأبعد الأجلين"(١)؛ تفسيره أربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض، حتى لو حاضت ثلاث حيض ولم يمض أربعة أشهر وعشر؛ لا تنقضي العدة حتى تتم الأربعة، ولو تمت الأربعة ولم تحض لا تنقضي حتى تحيض ثلاث حيض. ذكره في فتاوى قاضي خان؛ لجهالة التاريخ فيجمع بينهما احتياطًا.

وعند عامة الصحابة: عدتها وضع الحمل؛ لأن قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ﴾ [الطلاق ٤] نزلت بعد قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوۡنَ﴾ [البقرة ٢٣٤] الآية، فصارت ناسخة لتلك؛ إذ العام المتأخر ينسخ الخاص المتقدم.

(**قال عبد الله ابن مسعود: "من شاءَ باهَلْتُهُ"**) إلى آخره. أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه(٢).

(**باهلته**)؛ أي: لاعنته هكذا في رواية أخرى. والمباهلة: مفاعلة من البهلة وهي اللعنة، وكانوا إذا اختلفوا في شيء اجتمعوا وقالوا: بهلة الله على الكاذب منا ومنكم(٣).

وأراد بـ(**سورة النساء القصرى**) ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾ [الطلاق ١] (**بعد الآية التي في سورة البقرة**) وهي قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوۡنَ مِنكُمۡ﴾ [البقرة ٢٣٤]، فحمل أهل العلم آية سورة البقرة على الحوائل، وآية النساء القصرى على الحوامل، والتخصيص أولى من دعوى النسخ.

واستدلوا أيضًا: بحديث [٤٩٣/أ] سبيعة بنت الحارث الأسلمية، فإنها

---

(١) أخرجه البخاري (٦/ ١٥٥، برقم ٤٩٠٩)، ومسلم (٢/ ١١٢٢، برقم ١٤٨٥) من قول ابن عباس رضي الله عنهما.
وأخرجه ابن أبي شيبة (٣/ ٥٥٥، برقم ١٧١٠٩) من قول علي رضي الله عنه.
(٢) سبق تخريجه قريبا.
(٣) انظر: المغرب في ترتيب المعرب للمُطَرِّزِيِّ (ص٥٤).

(وَإِذَا وَرِثَت المُطَلَّقَةُ فِي المَرَضِ فَعِدَّتُهَا أَبعَدُ الأَجَلَينِ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: ثَلَاثُ حِيَض(*)، وَمَعنَاهُ: إِذَا كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا أَو ثَلَاثًا، أَمَّا إِذَا كَانَ رَجعِيًّا فَعَلَيهَا عِدَّةُ الوَفَاةِ بِالإِجمَاعِ. لِأَبِي يُوسُفَ: أَنَّ النِّكَاحَ قَد انقَطَعَ قَبلَ المَوتِ بِالطَّلَاقِ وَلَزِمَتهَا ثَلَاثُ حِيَض، وَإِنَّمَا تَجِبُ عِدَّةُ الوَفَاةِ، إِذَا زَالَ النِّكَاحُ فِي الوَفَاةِ إِلَّا أَنَّهُ بَقِيَ فِي حَقِّ الإِرثِ لَا فِي حَقِّ تَغَيُّرِ العِدَّةِ، بِخِلَافِ الرَّجعِيِّ، لِأَنَّ النِّكَاحَ بَاق مِن كُلِّ وَجه. وَلَهُمَا: أَنَّهُ لَمَّا بَقِيَ فِي حَقِّ الإِرثِ، يُجعَلُ بَاقِيًا فِي حَقِّ العِدَّةِ احتِيَاطًا ....

وضعت ما في بطنها بعد موت زوجها بسبعة أيام، فسألت أبا السنابل بن بعكك: هل لي أن أتزوج؟، فقال: لا حتى يبلغ الكتاب أجله، فجاءت إلى النبي صلى الله ليه وسلم فأخبرته بما قال أبو السنابل، فقال عليه السلام: «كذب أبو السنابل قد بلغ الكتاب أجله»(١). رواه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجه.

والسنابل: جمع سنبلة، واسمه لبيد. وقيل: عمرو.

وقد قالوا لو وضعت بعد موته بساعة حلت للأزواج.

قوله: (بَقِيَ فِي حَقِّ الإِرْثِ لَا فِي حَقِّ تَغَيُّرِ العِدَّةِ). وإنما أخذت الميراث في شبهة النكاح لقصد الفرار لا لبقاء الزوجية، والقياس قوله -وبه قال: الشافعي، ومالك، وأبو ثور، وأبو عبيد-؛ لأن العدة وجبت في حياته وهي مبانة فتعتد بالأقراء بالنص.

قوله: (يجعل باقيًا في حق العدة احتياطًا)، وهذا لأنا إنما أعطيناها(٢) الميراث باعتبار قيام النكاح حُكمًا إلى وقت موته، أو باعتبار قيام العدة مقام النكاح حكمًا؛ إذ لا بد من قيام السبب عند الموت؛ لاستحقاق الميراث، والميراث لا يثبت بالشك، والعدة تجب بالشك، فإذا جعل في حكم الميراث

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) أخرج القصة بنحوها البخاري (٧/ ٥٦، برقم ٥٣١٨)، ومسلم (٢/ ١١٢٢، برقم ١٤٨٥).

(٢) في الأصل: (وهذا لأن ما أعطيناه) وما أثبتناه من النسخة الثانية.

فَيُجمَعُ بَينَهُمَا.

وَلَو قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ حَتَّى وَرِثَتهُ امرَأَةٌ فَعِدَّتُهَا عَلَى هَذَا الِاختِلَافِ. وَقِيلَ: عِدَّتُهَا بِالحَيضِ بِالإِجمَاعِ، لِأَنَّ النِّكَاحَ حِينَئِذ مَا اعتُبِرَ بَاقِيًا إِلَى وَقتِ المَوتِ فِي حَقِّ الإِرثِ، لِأَنَّ المُسلِمَةَ لَا تَرِثُ مِن الكَافِرِ (فَإِذَا عَتَقَت الأَمَةُ فِي عِدَّتِهَا مِن طَلَاق رَجعِيٍّ، انتَقَلَت عِدَّتُهَا إِلَى عِدَّةِ الحَرَائِرِ) لِقِيَامِ النِّكَاحِ مِن كُلِّ وَجه (وَإِن أُعتِقَت وَهِيَ مَبتُوتَةٌ أَو مُتَوَفًّى عَنهَا زَوجُهَا، لَم تَنتَقِل عِدَّتُهَا) إِلَى عِدَّةِ الحَرَائِرِ لِزَوَالِ النِّكَاحِ بِالبَينُونَةِ أَو المَوتِ.

النكاح كالمنتهي بالموت حكمًا[١]؛ فصارت مطلقة حقيقة متوفًّى عنها زوجها حكمًا، فيجب اعتبارهما (**فيجمع بينهما**)؛ أي: بين العدتين احتياطًا.

قوله: (**ولو قتل على ردته**) [جعل هذا في المبسوط من تتمة دليل أبي يوسف؛ فقال: ألا ترى أن المرتد إذا مات أو قتل على ردته][٢] ترثه زوجته المسلمة وليس عدة الوفاة؟ لأن زوال النكاح كان بردته لا بموته؛ كذا هاهنا كان زواله بالطلاق البائن لا بالموت.

وأجابا عن مسألة المرتد؛ فقد أشار الكرخي في كتابه إلى أنه يلزمها[٣] عدة الوفاة ولئن سلم فلا تستحق الميراث بالوفاة؛ لأن المسلمة لا ترث من الكافر ولكن يستند استحقاق الميراث إلى وقت الردة، وبذلك السبب لزمها العدة بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة. وهاهنا استحقاق الميراث عند الموت لا عند الطلاق؛ فعرف أن النكاح كالقائم إلى وقت الموت حكمًا[٤].

قوله: (**لزوال النكاح بالبينونة**) وبقولنا قال الشافعي في الأظهر[٥]، وأحمد وإسحاق والحسن والشعبي والضحاك[٦].

وقال مالك: لا يكمل فيهما[٧]. وهو قول أبي ثور.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٤٤).

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية والثالثة.

(٣) في المبسوط: إلى أنه لا يلزمها.

(٤) المبسوط للسرخسي (٦/ ٤٤).

(٥) انظر: حلية العلماء للشاشي (٧/ ٣٢٨).

(٦) انظر: المغني لابن قدامة (٨/ ١٠٨).

(٧) انظر: منح الجليل للشيخ عليش (٤/ ٣١٣).

﴿وَإِن كَانَت آيِسَة فَاعتَدَّت بِالشُّهُورِ، ثُمَّ رَأَت الدَّمَ، انتَقَضَ مَا مَضَى مِن عِدَّتِهَا، وَعَلَيهَا أَن تَستَأنِفَ العِدَّةَ بِالحَيضِ﴾ وَمَعنَاهُ: إِذَا رَأَت الدَّمَ عَلَى العَادَةِ، لِأَنَّ عَودَهَا يُبطِلُ الإِيَاسَ، هُوَ الصَّحِيحُ، ....

وعن عطاء والزهري وقتادة: يكمل فيهما اعتبارا بحال اعتدادها.

قوله: (ومعناه إذا رأت الدّم على العادة)؛ يعني: كثيرا سائلًا، أما إذا كانت بلة يسيرة لا يكون حيضًا بل كان ذلك من بين الرحم؛ فكان فاسدًا لا يتعلق به حكم الحيض(١). وعليه الفتوى.

قيل: وعليها أن تعتد بالحيض يجوز في العبادة(٢)؛ لأنها لا تحيض بعد الإياس، وإنما كان ذلك معجزة لإبراهيم الخليل عليه السلام(٣)؛ إذ كان عمره عند البشارة بإسحاق مائة سنة وعمر زوجته ثمانيًا وسبعين سنة. وعمر زكريا عليه السلام بضعًا وتسعين سنة وامرأته عاقر وعجوز.

وقيل: ولد يحيى بعد البشارة بخمس سنين.

قيل: كان قاتل يحيى ولد الزنا، وكذا قاتل الحسين.

وقوله: (هو الصحيح) احتراز عن قول محمد بن مقاتل، فإنه يقول: هذا إذا لم يحكم بإياسها، أما لو حكم بإياسها وكانت بنت تسعين سنة أو نحو ذلك فرأت الدم بعد ذلك؛ لم يكن حيضًا(٤).

وقيل: هذا على قول من لا يوقت للإياس وقتًا ثم يظن أنها آيست ثم يظهر بخلافه فتستأنف العدة بالحيض. كذا ذكره الجصاص.

وفي الذخيرة: الشهور تدل على الحيض فيمن لا تحيض لصغر أو كبر أو فقد حيض، قال: يريد به الآيسة في رواية، وإياسها على هذه الرواية أن تبلغ من السن ما لا يحيض مثلها؛ فإذا بلغت ذلك وانقطع الدم حكم بإياسها. وإن رأت بعد ذلك دمًا؛ كان حيضًا في حق بطلان الاعتداد بالأشهر، وفي حق فساد النكاح.

---

(١) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٣/ ١٥٠).

(٢) في المبسوط: وهذا يجوز في العبادة.

(٣) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٤١).

(٤) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٣/ ١٥٠).

فَظَهَرَ أَنَّهُ لَم يَكُن خَلَفًا، وَهَذَا لِأَنَّ شَرْطَ الخَلَفِيَّةِ تَحقُّقُ اليَأسِ، وَذَلِكَ بِاستِدَامَةِ العَجزِ إِلَى المَمَاتِ كَالفِديَةِ فِي حَقِّ الشَّيخِ الفَانِي.

وفي رواية فيها تقدير؛ قال الصدر الشهيد المختار: خمس وخمسون سنة، وعليه أكثر المشايخ. وفي المنافع: وعليه الفتوى.

فإن رأت بعد ذلك دمًا فهل يكون حيضًا على هذه الرواية؟ اختلف المشايخ. قيل: لا يكون حيضًا ولا يبطل به الاعتداد بالأشهر ولا يثبت به فساد النكاح. وقيل: يكون حيضًا ويبطل به النكاح والاعتداد بالأشهر لوجود [النص][1] بخلاف الاجتهاد. وقيل: لو رأت بعد الحكم بإياسها لا يبطل النكاح.

ويفتي حسام الشهيد ببطلان النكاح، وإن قضى بجوازه والاعتداد بالأشهر على أي[٤٩٣/ب] صفة رأت إن رأت قبل تمام الاعتداد بالأشهر، وبعده لا يفتي ببطلان النكاح والاعتداد.

وقيل: يكون حيضًا بعد ذلك إذا رأته أسود أو أحمر، فإن كان أخضر أو أصفر فلا اعتبار به؛ لأن كون هذا المرئي حيضًا ثبت بالاجتهاد فلا يبطل الإياس الثابت بالاجتهاد[2].

وفي الإسْبِيجابي قال محمد بن مقاتل الرازي: حدُّ الإياس خمسون سنة؛ لما روى عن عائشة أنها قالت: "إذا بلغت المرأة خمسين سنة لا ترى قرة عين"؛ أي لا تلد، وهي رواية الحسن، وعليه الفتوى.

وقيل: يعتبر بتركيب بدنها فإنها تختلف بالسمن والهزال.

وقيل: ستون سنة.

وقيل: لا يلد لستين إلا قرشية.

وقال الصفّار: سبعون سنة، فإذا رأت بعد ذلك دمًا لا يكون حيضًا كالدم التي تراه الصغيرة.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثالثة.

(٢) انظر ما سبق بالمحيط البرهاني لابن مازة (٣/٤٥٨).

(وَلَو حَاضَت حَيضَتَينِ ثُمَّ أَيِسَت تَعتَدُّ بِالشُّهُورِ) تَحَرُّزًا عَن الجَمعِ بَينَ البَدَلِ وَالمُبدَلِ.

وعلى رواية عدم التقدير لو اعتدت بالأشهر ثم رأت الدم لا تبطل الأشهر، وهو المختار عندنا. ذكره الإسْبِيجابي(١).

وقدَّر محمد في الرّوميات خمسًا وخمسين سنة. وفي غيرهن، ستين سنة(٢)، وعنه: سبعين سنة.

وفي المرغيناني: اشترى زوجته وقد ولدت منه فأعتقها؛ فعليها ثلاث حيض؛ حيضتان من فرقة النكاح تجتنب فيهما ما تجتنب المطلقة، وحيضة من العتق(٣)، ولا يجب فيها الحداد والكسوة والنفقة، ولا يحرم فيها نكاح أختها أو أربع سواها؛ لأنها للإعتاق.

ولو طلقها بائنة أو باثنين ثم وطئها بعد ما حاضت حيضتين؛ تستأنف العدة بالثانية والثالثة عدة للوطء، ولا يقع فيها طلاقه ولا تستحق فيها النفقة؛ لأنها عدة الوطء [لا](٤) الطلاق.

وقد يجب على المعتدة أربع عدد، وصورتها الأمة الصغيرة طلقها رجعيًّا تعتد بشهر ونصف، فلو حاضت تنتقل إلى حيضتين، فلو أعتقها مولاها في العدة تصير عدتها ثلاث حيض، فلو مات زوجها تنتقل عدتها إلى أربعة أشهر وعشرًا.

قوله: (تَحَرُّزًا عَنِ الجَمْعِ بَيْنَ البَدَلِ وَالمُبْدَلِ) فإن قيل: بناء الخَلَف على الأصل يجوز، ألا ترى أن المصلي إذا سبقه الحدث وقد كان توضأ؛ تيمم وبنى إن لم يجد ماءً؟ ومن عجز عن الركوع والسجود يومئ ويبني؟

قلنا: الصلاة بالتيمم ليست بخلف عن الصلاة بالوضوء، إنما الخليفة بين التراب والماء أو بين الطهارتين ولا يكمل أحدهما بالآخر، وكذا الصلاة بالإيماء ليست ببدل عن الصلاة بركوع وسجود؛ لما عرف أن بعض الشيء لا

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/٥٩٦)، و فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/٣١٨).
(٢) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/٢٧).
(٣) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/٤٦٦).
(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

....

يكون بدلًا عن كله، فأما العدة بالأشهر فبدل عن العدة بالحيض فلا يكمل أحدهما بالآخر تحرزًا عن الجمع بين البدل والمبدل[١].

وفي الوسيط: لو انقطع دمها؛ تتربص إلى سن الإياس في الجديد، وفي سن الإياس قولان:

أحدهما: أقصى مدة امرأة في دهرها مما يعرف في الصرود والجروم[٢]. -الصُّرود: البلاد الباردة[٣]، والجُروم: البلاد الحارة-[٤].

والثاني: يعتبر بنساء عشيرتها من الأب والأم[٥].

فإن رأته بعد الاعتداد بالأشهر؛ ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها: يبطل قبل النكاح وبعده.

والثاني: تستأنف قبله لا بعده.

والثالث: يجب الاستئناف فيهما[٦].

وفي المنهاج والتنبيه: يعتبر بإياس أقاربها، والثاني: إياس جميع النساء. وقيل: تقعد إلى أن يعرف براءة رحمها، ثم تعتد بالشهور[٧].

وفي المغني عن أحمد: خمسون سنة، وعنه: ستون سنة[٨].

قال مالك: التي لم تحض قط أو آيسة لو ترى [الدم][٩] بعد ما أخذت في العدة فلترجع إلى عدة المحيض وتَلَقِّي الشهور هذا إذا قالت النساء: إنه حيض، وإن قلن: لا، أو كانت في سن من لا تحيض من بنات السبعين أو الثمانين لم

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٩).
(٢) أكمل في الوسيط بقوله: الذي يبلغ حده فإن سائر العالم لا يمكن طوفه.
(٣) انظر: الصحاح تاج اللغة للجوهري (٢/ ٤٩٦).
(٤) انظر: الصحاح تاج اللغة للجوهري (٥/ ١٨٨٥).
(٥) الوسيط للغزالي (٦/ ١٢٤).
(٦) الوسيط للغزالي (٦/ ١٢٦).
(٧) التنبيه للشيرازي (ص٢٠٠)، ومنهاج الطالبين للنووي (ص٢٥٣).
(٨) المغني لابن قدامة (٨/ ١٠٧).
(٩) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(وَالمَنْكُوحَةُ نِكَاحًا فَاسِدًا وَالمَوطُوءَةُ بِشُبهَة عِدَّتُهُمَا الحَيضُ فِي الفُرقَةِ وَالمَوتِ) لِأَنَّهَا لِلتَّعَرُّفِ عَن بَرَاءَةِ الرَّحِمِ، لَا لِقَضَاءِ حَقِّ النِّكَاحِ، وَالحَيضُ هُوَ المُعَرِّفُ.

يكن ذلك حيضًا وتمادت في الأشهر[١].

قال أبو الليث من أصحابنا: لو حاضت ثم انقطع يصير ستين سنة، ولو كانت عادة أمهاتها أو أخواتها انقطاعه قبل الستين نأخذ بعادتهن. وبعد الستين لا نأخذ بعادتهن[٢].

قوله: (عِدَّتُهُمَا الحَيْضُ فِي الفُرْقَةِ وَالمَوْتِ)، وبه قال الشافعي[٣] وأحمد[٤]. وعند مالك: بثلاث حيض[٥]، قد مرَّ. صورة النكاح الفاسد: النكاح بغير شهود، ونكاح امرأة الغير بغير علم أنها امرأة الغير.

أما نكاح المحارم؛ نكاح فاسد عند أبي حنيفة خلافًا لهما.

وفي الذخيرة: رجل تزوج امرأة الغير ولا يعلم أنها منكوحة الغير ودخل بها؛ تجب العدة، وإن كان يعلم أنها امرأة الغير؛ لا تجب العدة حتى لا يحرم على الزوج وطئها وبه نفتي[٦].

وصورة الموطوءة بشبهة: هي التي زفت إلى غير زوجها.

قوله: [٤٩٤/أ] **(والحيض هو المعرّف)** فإن قيل: لو كان المقصود تعرف براءة الرحم لاكتفى فيه بحيضة كما في الاستبراء.

قلنا: لما وجب التربص بثلاثة أقراء في النكاح الصحيح لجواز أن تحيض الحامل؛ إذ هو مجتهد فيه فلا يتيقن بالفراغ بحيضة؛ فقدر بالثلاث ليعلم فراغ الرحم؛ إذ هو عدد معتبر في الشرع ضُرِبَ لإيلاء الأعذار كما في شرط الخيار الفاسد ملحق بالصحيح في حق ثبوت النسب؛ فقدر بالثلاث صيانة للماء عن

---

(١) انظر: المدونة لابن القاسم (٢/ ٩).
(٢) انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٣١٨).
(٣) انظر: البيان للعمراني (١١/ ٣٣)، (١١/ ٤٠).
(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٨/ ٩٨).
(٥) انظر: المدونة لابن القاسم (٢/ ٣٧).
(٦) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ١٥٨).

(وَإِذَا مَاتَ مَولَى أُمِّ الوَلَدِ عَنهَا أَو أَعتَقَهَا فَعِدَّتُهَا ثَلَاثُ حِيَض).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: حَيضَةٌ وَاحِدَةٌ، لِأَنَّهَا تَجِبُ بِزَوَالِ مِلكِ اليَمِينِ، فَشَابَهَت الِاستِبرَاءَ. وَلَنَا: أَنَّهَا وَجَبَت بِزَوَالِ الفِرَاشِ، فَأَشبَهَ عِدَّةَ النِّكَاحِ، ثُمَّ إِمَامُنَا فِيهِ عُمَرُ فَإِنَّهُ قَالَ: عِدَّةُ أُمِّ الوَلَدِ ثَلَاثُ حِيَض (وَلَو كَانَت مِمَّن لَا تَحِيضُ فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أَشهُر) كَمَا فِي النِّكَاحِ.

الاختلاط، والأنساب عن الاشتباه كما قدر في الصحيح.

قوله: (**فَعِدَّتُهَا ثَلَاثُ حِيَضٍ**)، وهو قول عمر وعلي وابن مسعود وعطاء والنخعي والثوري. وقال الشافعي ومالك وأحمد: عدتها حيضة، وهو قول ابن عمر وعائشة وابن المسيب وأبي عياض وابن سيرين وابن جبير ومجاهد وخلاس بن عمر وعمر بن عبد العزيز والزهري والأوزاعي وإسحاق، وعند الظاهرية لا استبراء على أم الولد لا في العتق ولا في الموت وتتزوج من شاءت إذا لم تكن حاملًا.

قوله: (**تَجِبُ بِزَوَالِ مِلْكِ اليَمِينِ فَشَابَهَتْ الِاسْتِبْرَاءَ**) ولأن ملك اليمين ليس بواجب التعظيم حتى يكون العدة لإظهار خطره مثل ملك النكاح فكان المقصود به تعرّف براءة الرحم وذا يحصل بحيضة.

وقلنا: إنما وجبت لزوال الفراش؛ لأنها كانت فراشًا لسيدها حتى كان ولدها منه ثابت النسب بلا دعوة كالمنكوحة، فكانت العدة لزوال الفراش كالمنكوحة؛ إذ هي حرة في هذه الحالة، والعدة التي وجبت لزوال الفراش لا تتقدر بحيضة لا في الأمة ولا في الحرة.

قوله: (**فعدتها ثلاثة أشهر كما في النكاح**)؛ لأنها كانت كالمنكوحة الحرة في هذه الحالة، وبه قال الشافعي في قول. وفي قول: شهر. وعن أحمد: شهران.

ولو كانت حاملًا فعدتها وضع الحمل بالنص بالإجماع.

وفيه حكاية شمس الأئمة، لما أخرج من السجن زوج السلطان أمهات[1]

---

(١) في الأصل (قوله)، والمثبت من النسخة الثانية.

(وَإِذَا مَاتَ الصَّغِيرُ عَن امرَأَتِهِ وَبِهَا حَبَلٌ فَعِدَّتُهَا أَن تَضَعَ حَملَهَا) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: عِدَّتُهَا أَربَعَةُ أَشهُر وَعَشرٌ(*)، وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ، لِأَنَّ

أولاده من خدامه الأحرار، فسأل العلماء عن ذلك، فقالوا: نِعْمَ ما فعلتَ، قال شمس الأئمة: فقال أخطأت؛ لأن تحت كل خادم حرة، فكأن هذا تزوج الأمة على الحرة، فقال السلطان: أعتقت هؤلاء فجدد العقد، فسأل العلماء فقالوا: نِعْمَ ما فعلت. وقال شمس الأئمة: أخطأت؛ لأن العدة تجب عليهن بعد الإعتاق، فكان تزويج المعتدة على الغير، فأنسى الله تعالى الجواب عن العلماء في المسألتين؛ ليظهر فضل شمس الأئمة.

وفي الذخيرة: أعتقها المولى أو مات عنها؛ فلا عدة عليها بالإجماع إذا كانت زوج أو في عدة زوج؛ لأنه لا فراش لها، ووجوب العدة بزوالها، فلو طلقها بعد الإعتاق عليها عدة الحرائر، وبانقضاء عدة الزوج تعود عدة المولى ثلاث حيض.

ولو مات المولى والزوج ولا تدري الأول، وبين مؤنتهما شهرين؛ فعدتها أربعة أشهر وعشر، يستكمل فيهن ثلاث حيض. وفي الأقل تعتد بأربعة أشهر وعشر لا يعتبر فيها الحيض، وإن لم يعلم ما بين مؤنتهما ولا الأول منهما؛ فعدتها أربعة أشهر وعشر لا حيض فيها عند أبي حنيفة، وعندهما تستكمل فيها ثلاث حيض.

وفي فروق الكرابيسي: المعتدة في عدة الزوج تغسل زوجها، ولا تغسل مولاها في عدته إذا كانت أم ولد؛ لأنها ليست عدة النكاح، بل هي استبراء.

وفي المنهاج: لو استبرأ المستولدة ثم أعتقها أو مات عنها؛ وجب في الأصح. ولو استبرأ أمة موطوءة فأعتقها؛ لم يجب وتتزوج في الحال.

قوله: (وهذا عندهما)؛ أي: عند أبي حنيفة ومحمد **(وقال أبو يوسف: عدتها أربعة أشهر وعشر)** وبه قال الشافعي ومالك وأحمد، وهو رواية عن أبي حنيفة.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

الحَملَ لَيسَ بِثَابِتِ النَّسَبِ مِنهُ، فَصَارَ كَالحَادِثِ بَعدَ المَوتِ. وَلَهُمَا: إطلَاقُ قَوله تَعَالَى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ﴾ [الطلاق: ٤] وَلِأَنَّهَا مُقَدَّرَةٌ بِمُدَّةِ وَضعِ الحَملِ فِي أُولَاتِ الأَحمَالِ، قَصُرَت المُدَّةُ أَو طَالَت، لَا لِلتَّعَرُّفِ عَن فَرَاغِ الرَّحِمِ لِشَرعِهَا بِالأَشهُرِ مَعَ وُجُودِ الأَقرَاءِ، لَكِن لِقَضَاءِ حَقِّ النِّكَاحِ، وَهَذَا المَعنَى يَتَحَقَّقُ فِي الصَّبِيِّ وَإِن لَم يَكُن الحَملُ مِنهُ، بِخِلَافِ الحَملِ الحَادِثِ، لِأَنَّهُ وَجَبَت العِدَّةُ بِالشُّهُورِ فَلَا تَتَغَيَّرُ بِحُدُوثِ الحَملِ، وَفِيمَا نَحنُ فِيهِ كَمَا وَجَبَت وَجَبَت مُقَدَّرَة بِمُدَّةِ الحَملِ فَافتَرَقَا.

وَلَا يَلزَمُ امرَأَةُ الكَبِيرِ إِذَا حَدَثَ لَهَا الحَبَلُ بَعدَ المَوتِ، لِأَنَّ النَّسَبَ يَثبُتُ مِنهُ فَكَانَ كَالقَائِمِ عِندَ المَوتِ حُكمًا ....

وعلى هذا الخلاف: لو طلق الكبير امرأته، فأتت بولد غير سقط لأقل من ستة أشهر من حين العقد؛ يعتد بالوضع عندهما. وعندهم: لا اعتبار به؛ لأنه حمل منفي، فلا يعتد بوضعه كالحمل الحادث بعد موت الصغير، ويعتبر قيام الحمل يوم الموت أن تلد بعد موته لأقل من ستة أشهر، والحادث أن تلد بعد موته لستة أشهر فصاعدًا عند الجمهور، وهو الأصح.

وقيل: أن تلد لأكثر من سنتين.

(**ولهما: قوله تعالى**: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ﴾ [الطلاق ٤]) من غير فصل بين الحمل منه أو من غيره، أو من عدة الطلاق أو الوفاة؛ لأن وضع الحمل صلح دليلًا على براءة الرحم، فتعلق به[٤٩٤/ب] الانقضاء كالذي ينسب إلى الميت.

(**وهذا المعنى**)؛ أي: قضاء حق النكاح يشترك فيه الكبير والصغير.

أما لو وجدت الحمل بعد موته، فلم يثبت وجوده عند الموت حقيقة ولا حكمًا لأمر شرعي وهو النسبة، ليثبت وجوده عند الموت بناء عليه، فتعلق القضاء بالأشهر، ودخلت تحت آية التربص، فلا يتغير بحدوث الحبل، بخلاف امرأة الكبير؛ لأن الحادث كالقائم عند الموت لثبوت النسب، وفي امرأة الصغير لا يستند العلوق إلى ما قبل الموت لعدم الماء.

(وَلَا يَثْبُتُ نَسَبُ الوَلَدِ فِي الوَجهَينِ) لِأَنَّ الصَّبِيَّ لَا مَاءَ لَهُ فَلَا يُتَصَوَّرُ مِنهُ العُلُوقُ، وَالنِّكَاحُ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي مَوضِعِ التَّصَوُّرِ.

(وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امرَأَتَهُ فِي حَالَةِ الحَيضِ لَم تَعتَدَّ بِالحَيضَةِ الَّتِي وَقَعَ فِيهَا الطَّلَاقُ) لِأَنَّ العِدَّةَ مُقَدَّرَةٌ، بِثَلَاثِ حِيَض كَوَامِلَ فَلَا يَنقُصُ عَنهَا.

(وَإِذَا وُطِئَت المُعتَدَّةُ بِشُبهَة فَعَلَيهَا عِدَّةٌ أُخرَى وَتَدَاخَلَت العِدَّتَانِ، وَيَكُونُ مَا

(ولا يثبت نسب الولد في الوجهين)؛ أي: القائم والحادث؛ لأن النسب يعتمد الماء ولا ماء للصبي، فلا يتصور منه العلوق، وإنما أقيم النكاح مقام الماء؛ لكونه باطنًا في موضع التصور، ولا تصور هاهنا.

وقولهم: حمل منفي عنه فلا يعتد بوضعه، تبطل [بعده][1] الملاعنة المنفي ولدها عندهم.

وفي المنهاج: ويحصل بوضع ولد الزنا في الأصح عند الشافعي وأحمد.

وقال الإمام قاضي خان: وكذلك الحامل من الزنا إذا تزوجت؛ جاز النكاح في قول أبي حنيفة ومحمد. ولو مات عنها زوجها؛ كان عدتها بوضع الحمل لما قلنا.

قوله: (لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق) بالإجماع، بخلاف الطهر الذي وقع [فيها][2] الطلاق، فإنه محسوب عند مالك والشافعي. والحجة عليهما قد تقدم.

قوله: (فعليها عدة أخرى): في المبسوط: هذا إذا وطئها أجنبي بشبهة، أما لو وطئها المُطلِّق بشبهة؛ لاشك أنها تداخلت العدتان عندنا، وفي أحد قولي الشافعي.

وفي الينابيع: الوطء بالشبهة الموجبة للعدة [أنواع:

منها: المرقوقة. ومنها: إذا طلقها ثلاثًا فتزوجها في العدة ووطئها][3].

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

تَرَاهُ المَرأَةُ مِن الحَيضِ مُحتَسَبًا مِنهُمَا جَمِيعًا، وَإِذَا انقَضَت العِدَّةُ الأُولَى وَلَم تُكمِلِ الثَّانِيَةَ فَعَلَيهَا تَمَامُ العِدَّةِ الثَّانِيَةِ) وَهَذَا عِندَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا تَتَدَاخَلَانِ، لِأَنَّ المَقصُودَ هُوَ العِبَادَةُ، فَإِنَّهَا عِبَادَةٌ كَفٌّ عَن التَّزَوُّجِ وَالخُرُوجِ فَلَا تَتَدَاخَلَانِ كَالصَّومَينِ

ومنها: لو وطء المطلقة ثلاثًا [وقال: ظننت أنها تحلُّ لي. ومنها: إذا طلقها][(١)] بالكتابة فوطئها في العدة. ومنها: إذا وُطِئَت بشبهة ولها زوج فطلقها بعد ذلك؛ ففي هذه المواضع تجب عليها العدتان ويتداخلان، ويتأديان عدة واحدة عندنا، كالمطلقة إذا تزوجت في العدة فوطئها الثاني وفرق بينهما، وكالمتوفَّى عنها زوجها إذا وطئت بشبهة، وبحسب ما رأته من الحيض في الأشهر من عدة الوطء، وكذا لو كانت حائلًا في عدة الطلاق فوطئت بشبهة فحملتا، وكانت حاملًا في عدة الطلاق الثلاث في الفعل، والشبهة في الفعل لا تثبت النسب بالوطء، وإن قال: ظننت أنها تحل لي، وإذا لم يثبت به النسب بالوطء لا تجب العدة. وفي قول صاحب الينابيع نظر.

وقال الشافعي وأحمد: إن كانت العدتان من شخص واحد تداخلت إذا اتفقتا بأن لم يكن إحبال، وكانت من ذوات الأشهر والأقراء. وإن اختلفتا بأن كانت أحدهما، ففي تداخلهما وجهان: أحدهما: التداخل كالمتفقتين، والثاني: لا. وإن كان العدتان من شخصين لم يتداخل. ذكره في الوسيط.

وقالت المالكية: المتفقتان بالأقراء والأشهر متداخلتان إما من واحد وإما من شخصين. ولو اختلفا بأن كانت أحدهما بالحمل ينقضيان بالوضع، وعند الشافعي وأحمد: إن كانت أحدهما بالحمل قدمت ثم يعود إلى الأقراء.

مذهبنا قول معاذ، وجابر بن عبد الله، وهو [المنصور][(٢)] عند المالكية.

للشافعي وجوه:

أحدها: أن العدتين حقان مقصودان لآدميَّين ثابتَي الحرمة، فلا يتداخلان كالدِّيتين والحدَّين، وكالمَدِين في منافع الإجارة. ذكره العراقيون.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) كذا بالنسخ الخطية، ولعلها: (المشهور) والله أعلم بالصواب.

فِي يَوم وَاحِد، وَلَنَا: أَنَّ المَقصُودَ التَّعَرُّفُ عَن فَرَاغِ الرَّحِمِ وَقَد حَصَلَ بِالوَاحِدَةِ فَتَتَدَاخَلَانِ، وَمَعنَى العِبَادَةِ تَابِعٌ، أَلَا تَرَى أَنَّهَا تَنقَضِي بِدُونِ عِلمِهَا وَمَعَ تَركِهَا الكَفَّ.

وثانيها: الاعتبار بالصوم. وثالثها: أن الواجب المقدر لا يكفي بعضها عن كله.

بيانه: امرأة وجبت عليها ستة أقراء، فكيف تتأدى بثلاث ويسقط عنها النصف.

ورابعها: أن العدة فعل، قال تعالى: ﴿يَتَرَبَّصۡنَ﴾، ويقال: اعتدت تربصت، وقُدِّرَ هذا الفعل بمرة، فلم يتصور وجود فعلين مقصودين في مدة متحدة، كصومين في يوم واحد؛ لأن التربص واجب بالنص؛ لما ذكرنا أنه إخبار بمعنى الأمر، فكان فيه معنى العبادة، وهو اختيار[أهل][1] ما وراء النهر.

واختلفوا أيضًا بأثر عمر رضي الله عنه قال: تستكمل العدة الأولى ويستقبل الثانية، ثم لا يجتمعان أبدًا.

قوله: (**المقصود التعرف عن فراغ الرحم**) لا لقضاء حق النكاح (**وقد حصل بالواحدة**)؛ أي: بالعدة الواحدة، ولا يقال: ينبغي أن يكفي بالحيضة الواحدة، وعدة الموطوءة بالشبهة ونكاح الفاسد ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر؛ لأنا بينا الفاسد يلحق بالصحيح في اعتبار مدة العدة.

وقوله: (**ومعنى العبادة**) جواب عن حرف الخصم (**تابع**) ألا ترى أنها تنقضي بلا علم، ومع تركها الكف[٤٩٥/أ] عُلِمَ أن الكفّ والتربُّص ليسا بمقصودين، ولهذا يجب على من ليس أهل الوجوب كالصبية والمجنونة.

وفي الكافي: وحاصل الاختلاف راجع إلى أن ركن العدة، الفعل أم ترك الفعل؟ مع أن المقصود يحصل بالطرفين، وهو صيانة الأنساب عن الاشتباه، فعنده الركن هو الفعل؛ وهو كفها نفسها عن الخروج والتزوج بآخر والبروز، فيكون عبادة كالكف عن قضاء الشهوتين في الصوم؛ لأنها أمرت بالتربص، وأداء العبادات في وقت واحد لا يتصور.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

....

وعندنا: الركن ترك الفعل ومعنى العبادة تابع؛ لأنها أجل، قال تعالى [وأجلهن][1] ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ﴾ [البقرة ٢٣٤]، والآجال إذا اجتمعت تنقضي بمدة واحدة، كرجل يثبت عليه ديون مؤجلة لأناس فإنها تنقضي بمدة واحدة، وهذا لأن الأجل لتأخر ما كان يجب عليه عند مضي الأجل، وهاهنا حل النكاح والخروج والتزين، فالثابت تأخر كل هذه الأفعال، فكان الركن حرمة هذه الأفعال، والأفعال وإن كثرت يتصور اجتماعهما في العدم، وإنما المستحيل اجتماعهما في الوجود؛ ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾ [البقرة ٢٣٥] نهى عن التزوج في العدة، والثابت بالنهي حرمة الفعل لا وجوب الفعل، بخلاف الصوم؛ لأن الواجب ثم الفعل؛ لأنه أمر بالصوم، قال تعالى: ﴿ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ [البقرة: ١٨٧] والواجب بالأمر الفعل.

فإن قيل: قوله تعالى: ﴿يَتَرَبَّصْنَ﴾ بمعنى الأمر، يعني: يكففن، والكف هو الفعل. وقال تعالى: ﴿فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ﴾ [الطلاق ٤] أمرنا بالاعتداد، والاعتداد فعل.

قلنا: المراد بالتربص الانتظار لا الكف، يقال: فلان يتربص قدوم فلان، أي: ينتظر، والانتظار بسبب الأجل، ولا يضايق في الانتظار، كشهر واحد ينتظر فيه حلول ديون، وكيوم واحد ينتظر فيه قدوم أناس. وما في الثانية الأمر بالاعتداد، بل المذكور هو المدة، وهي مدة حرمة هذه الأفعال، والحرمات تجتمع في وقت واحد، فإن الصيد حرام بالإحرام في الحَرَم، والخمر حرام على الصائم لصومه ولكونه خمرًا، أو لحلفه بأن حلف لا يشربها.

وأما تشبيههم بالدينين لا يصح؛ لأن الديون في المال دراهم ودنانير وعروض ومثليات لا يصح فيها التداخل، ولو كانت حقًّا مقصودًا للزوج أو الزوجة لجاز إسقاطها.

---

(١) كذا بالنسخ الخطية.

(وَالْمُعتَدَّةُ عَن وَفَاة إِذَا وُطِئَت بِشُبهَة تَعتَدُّ بِالشُّهُورِ، وَتَحتَسِبُ بِمَا تَرَاهُ مِن الحَيضِ فِيهَا) تَحقِيقًا لِلتَّدَاخُلِ بِقَدرِ الإِمكَانِ.

(وَابتِدَاءُ العِدَّةِ فِي الطَّلَاقِ عَقِيبَ الطَّلَاقِ، وَفِي الوَفَاةِ عَقِيبَ الوَفَاةِ، فَإِن لَم تَعلَم بِالطَّلَاقِ أَو الوَفَاةِ حَتَّى مَضَت مُدَّةُ العِدَّةِ فَقَد انقَضَت عِدَّتُهَا) لِأَنَّ سَبَبَ وُجُوبِ العِدَّةِ الطَّلَاقُ أَو الوَفَاةُ فَيُعتَبَرُ ابتِدَاؤُهَا مِن وَقتِ وُجودِ السَّبَبِ، وَمَشَايِخُنَا يُفتُونَ فِي

وأما الحدّان فالتداخل فيهما ممنوع، وأما الإجارة فلعدم إمكان الانتفاع لكل واحد من المستأجرين في وقت واحد، ولو كان المستأجر واحدًا فقد قابلها أجر وعوض، فلم يتصور تداخلهما، بخلاف العدّتين؛ لإمكان تداخلهما عقلًا وشرعًا.

وأما الجواب عن أثر عمر؛ فإنا نقول: بموجبه يستكمل الأُولى ويستقبل الثانية، لا بعد استكمال الأولى، مع أن الشافعي وأحمد لا يقولان بأنهما لا يجتمعان أبدًا، ومن القبيح أن يأخذ ببعض كلامه ويتركا باقيه، مع أن الأثر غير حجة عند الشافعي.

قوله: (بما تراه من الحيض فيها)؛ أي: في المشهور.

في المبسوط: لو تزوجت في عدة الوفاة، فدخل بها الثاني ففرق بينهما؛ فعليها بقية عدتها من الأول، تمام أربعة أشهر وعشر، وعليها ثلاث حيض للآخر، ويحتسب بما حاضت، فعلم التفريق من عدة الوفاة أيضًا[(١)].

ولو قال لامرأتيه: أحدكما طالق بائنًا، ومات قبل البيان؛ تعتد كل واحدة عدة الوفاة والطلاق؛ لاحتمال ذلك في حق كل واحدة، فيجب احتياطًا، بخلاف ما لو قال لها: إن لم تدخلي هذه الدار اليوم فأنت طالق ثلاثًا، ثم مات بعد مضي المدة ولا يدري دخلت أم لا؛ فعليها عدة الوفاة لا غير.

قوله: (فيعتبر ابتداؤها)؛ أي: ابتداء العدة **(من وقت وجود السبب)** وعليه الأئمة الأربعة وجمهور الصحابة والتابعين.

وعن علي: أنها تعتدُّ من يوم يأتيها الخبر.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٤٣).

الطَّلَاقِ أَنَّ ابتِدَاءَهَا مِن وَقتِ الإِقرَارِ نَفيًا لِتُهمَةِ المُوَاضَعَةِ.

(وَالعِدَّةُ فِي النِّكَاحِ الفَاسِدِ عَقِيبَ التَّفرِيقِ، أَو عَزمِ الوَاطِئِ عَلَى تَركِ وَطئِهَا)

وقال مكحول: إن قامت به البينة؛ تعتد من يوم الموت والطلاق، وإلا؛ فمن يوم يأتيها الخبر.

وقال داود: طلاق الغائب لا يقع أصلًا حتى يأتيها، وتعتد المتوفَّى عنها زوجها من حين موته.

والقول بعدم وقوع طلاق الغائب قول بشبه بلا برهان ولا شبهة ولا قياس شبهة، مع أن القياس باطل عنده.

قوله: (نفيًا لتهمة المواضعة) بأن يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة؛ ليصح إقرار المريض لها بالدين والوصية، أو يتواضعا على انقضائها؛ بأن يتزوج أختها أو أربعًا[٤٩٥/ب] سواها.

وفي الذخيرة: قال محمد في الأصل: تجب العدة من وقت الطلاق، واختيار مشايخ بلخ على أنها تجب من وقت الإقرار؛ عقوبة عليه وجزاءً على كتمانه الطلاق، ولكن لا تجب لها نفقة العدة والسكنى؛ لأن ذلك حقها، وقد أقرت هي بسقوطه.

وينبغي على قول هؤلاء أن لا يحل له التزوج بأختها وأربع سواها ما لم تنقض العدة من وقت الإقرار.

وعن السعدي: أن ما ذكر محمد في الأصل محمول على ما إذا كانا متفرقين من الوقت الذي استند الطلاق إليه، أما إذا كانا مجتمعين؛ فالكذب في كلامهما ظاهر، فلا يُصدَّقان.

قال محمد: وعلى هذا إذا فارقها زمانا ثم قال لها: كنتُ طلقتكِ منذ كذا، وهي لا تعلم بذلك؛ تُصدَّق، وتعتبر عدتها من ذلك الوقت.

قوله: (أو عزم الواطئ) بأن أخبرها أنه ترك وطئها، والإخبار أمر ظاهر؛ فيدار الحكم عليه، أما آخر الوطئات لا يعلم؛ لاحتمال **(وجود غيره)**[١] أي: غير الوطء الذي وجد.

---

(١) انظر المتن ص ٥٥٨.

وَقَالَ زُفَرُ: مِن آخِرِ الوَطَآتِ، لِأَنَّ الوَطءَ هُوَ السَّبَبُ المُوجِبُ. وَلَنَا: أَنَّ كُلَّ وَطء وُجِدَ فِي العَقدِ الفَاسِدِ يَجرِي مَجرَى الوَطأَةِ الوَاحِدَةِ، لِاستِنَادِ الكُلِّ إِلَى حُكمِ عَقد وَاحِد، وَلِهَذَا يُكتَفَى فِي الكُلِّ بِمَهر وَاحِد، فَقِيلَ: المُتَارَكَةُ أَو العَزمُ لَا تُثبِتُ العِدَّةَ مَعَ جَوَازِ وُجُودِ غَيرِهِ، وَلِأَنَّ التَّمَكُّنَ عَلَى وَجهِ الشُّبهَةِ أُقِيمَ مَقَامَ حَقِيقَةِ الوَطءِ لِخَفَائِهِ

وفي الخلاصة والنصاب: المتاركة في النكاح الفاسد بعد الدخول لا يكون إلا القول بقوله: (تركتُكِ)، أو ما يقوم مقامه بأن يقول: (تركتُها وخليتُ سبيلَها)، أما عدم المجيء فلا؛ لأن استدامة الصحبة معها لا يكون؛ إذ الغيبة لا تكون متاركه؛ لأنه [لو][1] عاد إليها يعود، ولو أنكر نكاحها لا يكون متاركة؛ إذ الفاسد لا حكم له قبل الدخول، حتى لو تزوج امرأة نكاحًا فاسدًا بأن مس أمها بشهوة ثم تركها؛ له أن يتزوج الأم.

(وقال زفر: من آخر الوطآت) وبه أخذ أبو القاسم الصفّار.

وثمرة الخلاف: تظهر فيما لو وطئها وحاضت حيضة، ثم عزم على ترك وطئها ولم يطأها؛ تحتسب تلك الحيضة من العدة. وعندنا: لا، وعدة الوفاة لا تجب في النكاح الفاسد.

وفي الذخيرة: لو وطئها فيه تعتد بثلاث حيض.

وعند الظاهرية: لا عدة في النكاح الفاسد كما لا طلاق فيه.

وقلنا: وجبت العدة لحق الولد؛ لأنه ثابت للوطء بشبهة العقد، وهو قول عامة العلماء.

قوله: (لِاسْتِنَادِ الْكُلِّ)؛ أي: كل الوطئات **(إلى حكم عقد واحد)** وهو شبهة النكاح، وتلك الشبهة إنما تقع بالمتاركة، كما في النكاح الصحيح يرتفع بالطلاق.

(ولأن التمكن)؛ أي: تمكن الوطء **(على وجه الشبهة أقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه)**؛ أي: لخفاء الوطء حقيقة؛ لعدم إمكان الوقوف لغيرها عليه، فأقيم الداعي إليه مقامه.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

وَمِسَاسِ الحَاجَةِ إِلَى مَعرِفَةِ الحُكمِ فِي حَقِّ غَيرِهِ.

(وَإِذَا قَالَت المُعتَدَّةُ: انقَضَت عِدَّتِي، وَكَذَّبَهَا الزَّوجُ، كَانَ القَولُ قَولَهَا مَعَ اليَمِينِ) لِأَنَّهَا أَمِينَةٌ فِي ذَلِكَ وَقَد اُتُّهِمَت بِالكَذِبِ فَتَحلِفُ كَالمُودَعِ.

(وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امرَأَتَهُ طَلَاقًا بَائِنًا ثُمَّ تَزَوَّجَهَا فِي عِدَّتِهَا وَطَلَّقَهَا قَبلَ الدُّخُولِ بِهَا فَعَلَيهِ مَهرٌ كَامِلٌ وَعَلَيهَا عِدَّةٌ مُستَقبَلَةٌ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: عَلَيهِ نِصفُ المَهرِ، وَعَلَيها إِتمَامُ العِدَّةِ الأُولَى)(*) لِأَنَّ هَذَا طَلَاقٌ قَبلَ

فإن قيل: الحاجة إلى معرفة العدة في حقها، وهما عالمان به.

قلنا: اعتبار العدة كما يكون في حقها يكون في حق غيرها كأختها.

قوله: (في حق غيره)؛ أي: غير الوطء، وهو الزوج الثاني.

قوله: (كالمودَع) إذا ادعى الرد أو الهلاك وأنكر المودِع.

قوله: (طلاقًا بائنًا) وكذا لو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق ثم تزوجها في العدة، وهذه من المسائل المعروفة ذكرتها في التتمة والذخيرة، وكلها مبني على أصل واحد؛ وهو أن الدخول في النكاح الأول، هل يكون دخولًا في النكاح الثاني أم لا؟ فعند أبي حنيفة وأبي يوسف: يكون، وهو رواية عن أحمد.

وعند محمد: لا يكون، وهو قول الشافعي ورواية عن أحمد.

وصورة الفرقة بغير طلاق مثلا: تزوجت بغير كُفْؤٍ، ففرق القاضي بطلب الولي، وألزمها المهر وألزمها العدة، ثم تزوجها هذا الرجل في العدة، وفرق القاضي بينهما قبل أن يدخل بها؛ عليه المهر الثاني كاملًا وعدة مستقبلة عندهما استحسانًا.

وعند محمد: لها نصف المهر الثاني وعليها إتمام العدة الأولى؛ لأن هذا طلاق قبل المسيس، فلا يوجب كمال المهر إلا العدة بالنص، وهو قوله تعالى: ﴿ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ﴾ [الأحزاب ٤٩] الآية.

قوله: (وَإِكْمَالُ العِدَّةِ الْأُولَى)(١) جواب سؤال يرد على قوله؛ لأنه لما كان هذا طَلاقًا قبل الدخول، ينبغي [أن لا تجب](٢) العدة أصلًا ولا الإكمال كما

(*) الراجح: قول الشيخين.

(١) انظر المتن ص ٥٦٠.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

المَسِيسِ فَلَا يُوجِبُ كَمَالَ المَهرِ وَلَا استِئنَافَ العِدَّةِ، وَإِكمَالُ العِدَّةِ الأُولَى إِنَّمَا يَجِبُ بِالطَّلَاقِ الأَوَّلِ، إِلَّا أَنَّهُ لَم يَظهَر حَالَ التَّزَوُّجِ الثَّانِي، فَإِذَا ارتَفَعَ بِالطَّلَاقِ الثَّانِي ظَهَرَ حُكمُهُ، كَمَا لَو اشتَرَى أُمَّ وَلَدِهِ ثُمَّ أَعتَقَهَا. وَلَهُمَا: أَنَّهَا مَقبُوضَةٌ فِي يَدِهِ حَقِيقَة بِالوَطأَةِ الأُولَى وَبَقِيَ أَثَرُهُ وَهُوَ العِدَّةُ، فَإِذَا جَدَّدَ النِّكَاحَ وَهِيَ مَقبُوضَةٌ نَابَ ذَلِكَ القَبضُ عَن القَبضِ المُستَحَقِّ فِي هَذَا النِّكَاحِ، كَالغَاصِبِ يَشتَرِي المَغصُوبَ الَّذِي فِي يَدِهِ يَصِيرُ قَابِضًا بِمُجَرَّدِ العَقدِ، فَوَضَحَ بِهَذَا أَنَّهُ طَلَاقٌ بَعدَ الدُّخُولِ.

قال زفر، فقال: كذلك إلا أنه لما طلقها بائنًا؛ صار كأن النكاح الثاني لم يوجد، فيجب عليها إكمال العدة الأولى كأن لو لم يتزوجها.

(**فإذا ارتفع**)؛ أي: التزويج الثاني (**ظهر حكمه**)؛ أي: حكم الطلاق الأول، وكان هو بعد الدخول فيجب عدته.

(**كما لو اشترى أم ولده**)؛ أي: منكوحته التي ولدت منه (**ثم أعتقها**) تجب عليها ثلاث حيض: حيضتان من النكاح تجتنب فيها ما تجتنب المنكوحة من الخروج والبروز والتزين، وحيضة من العتق لا تجتنب فيها؛[٤٩٦/أ] لأنه لما اشتراها فسد النكاح ووجبت العدة، وإنما يظهر حكم العدة في حقه لمانع وهو ملك اليمين، فإذا زال المانع؛ ظهر حكم العدة في حقه أيضًا، فوجب حيضان لفساد النكاح، وهما معتبران من الإعتاق أيضًا، ويلزمها الإحداد. والثالث يجب من العتق خاصة، فلا يلزمها الإحداد. كذا في الإيضاح.

(**ولهما: أنها مقبوضة حقيقة بالوطئة الأولى**)؛ إذ الوطء في هذا الباب بمنزلة القبض (**وقد بقى أثره**)؛ أي: أثر القبض بالوطء الأول؛ لاشتغال رحمها بمائه بالوطء السابق ولبقاء القبض حُكِم تجدده، كالغاصب إذا اشترى المغصوب من المالك يصير قابضًا بمجرد العقد، فتبين أنه طلاق بعد الدخول، فيجب كمال المهر والعدة المستقبلة.

قيل: هذا قياس سُنَّة، أو الواو للحال في قوله: (وقد بقي أثره)؛ أي: والحال أن أثر القبض بالوطء الأول باق وهو العدة.

وَقَالَ زُفَرُ: لَا عِدَّةَ عَلَيهَا أَصلًا؛ لِأَنَّ الأُولَى قَد سَقَطَت بِالتَّزَوُّجِ فَلَا تَعُودُ، وَالثَّانِيَةُ لَم تَجِب وَجَوَابُهُ مَا قُلنَا.

(لأن الأولى)؛ أي: العدة الأولى **(سقطت بالتزوج فلا تعود)**؛ إذ [الساقط][1] لا يعود.

(والثانية)؛ أي: العدة الثانية **(لم تجب)** بالنص؛ لوقوع الطلاق قبل الدخول.

(وجوابه ما قلنا) إشارة إلى **قوله: (وإكمال العدة الأولى)** وإلى **قوله: (ولهما: أنه مقبوضة في يده)** إلى آخره.

وقول زفر ضعيف؛ لأن إسقاطها بالكلية يقتضي اختلاط المياه واشتباه الأنساب؛ لأنها إذا طلقها بائنًا بعد الدخول، ثم تزوجها آخر قبل أن تحيض؛ فلا يعلم فراغ الرحم.

وجواز التزوج للزوج الأول في عدتها قول الأئمة الأربعة، والجمهور من الصحابة والتابعين، وشذّ بعض المتأخرين فقال: لا يحل له التزوج في عدتها؛ لأنها معتدة، والعدة عبادة، فلا يجوز إبطالها.

قلنا: وجوبها لصيانة لمائه، ولا يصان ماؤه عن مائه.

قيل: عشر مسائل تبنى على هذا الأصل؛ وهو أن الدخول في النكاح الأول، هل يكون دخولًا في النكاح؟ عندهما خلافا لمحمد.

أحدها: أنه دخل بها في الصحة، وطلقها فيها بائنًا، ثم تزوجها في المرض في عدتها، وطلقها بائنًا قبل الدخول، هل يكون فارًّا، أم يعيدها في العدة ولها المهر كاملًا وعليها عدة مستقبلة؟ وكذا لو كان الطلاق الأول في المرض، والطلاق بالصريح يكون رجعيًّا، وتثبت له الرجعة عندهما، وعند محمد بائن، ولا رجعة ولا ترث.

وثانيها: تزوجت بغير كفوء ودخل بها، ففرق القاضي بينهما قبل الدخول، فكان عليه المهر كاملًا وعدة مستقبلة. وعند محمد: نصف المهر وتمام العدة الأولى.

---

(١) كذا بالنسخ الخطية، ولعلها: (الساقط) والله أعلم بالصواب.

(وَإِذَا طَلَّقَ الذِّمِّيُّ الذِّمِّيَّةَ فَلَا عِدَّةَ عَلَيهَا، وَكَذَا إِذَا خَرَجَت الحَربِيَّةُ إِلَينَا مُسلِمَة،

وثالثها: تزوجها نكاحًا صحيحًا ودخل بها، ثم طلقها بائنًا، ثم تزوجها في العدة، على الخلاف.

ورابعها: تزوج صغيرة ودخل بها، فاختارت نفسها بالبلوغ، ثم تزوجها في عدتها ثم طلقها قبل الدخول، فهي خلافية.

وخامسها: تزوج صغيرة ودخل بها، ثم طلقها بائنًا، ثم تزوجها في العدة، ثم بلغت واختارت نفسها قبل الدخول، فعلى الخلاف.

وسادسها: تزوج بها ودخل بها، ثم ارتدت ثم أسلمت، فتزوجها في العدة ثم ارتدت قبل الدخول، فعلى الخلاف.

وسابعها: تزوجها ودخل بها، ثم طلقها بائنا ثم تزوجها، ثم ارتدت قبل الدخول، فعلى الخلاف.

وثامنها: تزوج أمة ودخل بها، ثم عتقت فاختارت نفسها، ثم تزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول، فعلى الخلاف.

وتاسعها: تزوج أمة ودخل [بها](١)، ثم طلقها بائنًا ثم تزوجها في العدة، ثم عتقت فاختارت نفسها قبل الدخول، فعلى الخلاف.

وفي الذخيرة: فأكثر هذه المسائل في باب الكفاءة، من نكاح مبسوط شمس الأئمة.

قوله: (وكذا إذا خرجت الحربية إلينا مسلمة) والإسلام ليس بشرط في عدم وجوب العدة؛ بل الشرط هو الخروج على سبيل المراغمة؛ أي: المغاضبة، وعلى نية أن لا تعود إلى دار الحرب أبدًا.

يقال: راغم فلان قومه؛ إذا نابذهم وخرج عنهم. ذكره التمرتاشي.

ولو كان الخارج هو الرجل؛ فله أن يتزوج أربعًا سواها وفيهن أختها.

وفي الذخيرة: إن كانت الذمية حاملًا؛ يمنع من التزوج إذا كان كذلك في دينهم على قول أبي حنيفة. هكذا وقع في بعض النسخ. وفي بعضها: يمنع من

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

فَإِن تَزَوَّجَت جَازَ إِلَّا أَن تَكُونَ حَامِلًا، وَهَذَا كُلُّهُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: عَلَيهَا وَعَلَى الذِّمِّيَّةِ العِدَّةُ) أَمَّا الذِّمِّيَّةُ فَالِاختِلَافُ فِيهَا نَظِيرُ الِاختِلَافِ فِي نِكَاحِهِم مَحَارِمَهُم، وَقَد بَيَّنَّاهُ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ، وَقَولُ أَبِي حَنِيفَةَ فِيمَا إِذَا كَانَ مُعتَقَدُهُم أَنَّهُ لَا عِدَّةَ عَلَيهَا، وَأَمَّا المُهَاجِرَةُ فَوَجهُ قَولِهِمَا: أَنَّ الفُرقَةَ لَو وَقَعَت بِسَبَبٍ آخَرَ وَجَبَت العِدَّةُ فَكَذَا بِسَبَبِ التَّبَايُنِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا هَاجَرَ الرَّجُلُ وَتَرَكَهَا لِعَدَمِ التَّبلِيغِ. وَلَهُ قَوله تَعَالَى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ﴾ [الممتحنة: ١٠] وَلِأَنَّ العِدَّةَ حَيثُ وَجَبَت كَانَ

التزوج على قوله، ولم يذكر الزيادة.

قوله: (وقد بيناه في كتاب النكاح) قيل [٤٩٦/ب] الذي بينه فيه: أن الذمية إذا تزوجت بغير شهود، أو في عدة كافر آخر، وذا في دينهم جائز ثم أسلما، أما التزوج بنكاح المحارم فحرام، فيفرق بينهما إذا أسلما بالإجماع.

(وقول أبي حنيفة فيما إذا كان في معتقدهم أنه لا عدة عليها) أجيب: في صحة نكاحهم اختلاف المشايخ على قول.

قوله: (وقعت الفرقة بسبب آخر) كالطلاق.

(هاجر وتركها)؛ أي: جاء الزوج إلى دار الإسلام وتركها في دار الحرب؛ لا يجب عليها بالاتفاق؛ لعدم تبليغ خطاب العدة عليها.

(وله)؛ أي: لأبي حنيفة **(قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [الممتحنة ١٠])** الآية؛ فقد أباح نكاح المهاجرة مطلقًا، فتقيده بما بعد انقضاء العدة زيادة على النص.

(ولأن العدة حيث وجبت)؛ يعني: هذه فرقة وقعت بالتباين، فلا يجب فيها العدة، كما لو سبيت المنكوحة؛ لأن العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم، والحربي ملحق بالبهائم، حتى يُباع في الأسواق كالبهائم، بل بالجماد ملحق لعدم سمعه وبصره، أما إذا كانت حاملًا فلا يصح النكاح؛ لأنه حمل ثابت النسب بنكاح الكفار، قال عليه السلام: «**ولدتُ من نكاحٍ لا من سفاحٍ**»(١) فمنع

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٧/ ٣٠٨ برقم ١٤٠٧٧) من حديث سيدنا عبد الله بن عباس رضي الله عنهما.
قال ابن حجر: هذا الحديث أخرجه الطبراني، والبيهقي من طريق أبي الحويرث، عن ابن عباس، وسنده ضعيف. التلخيص الحبير (٣/ ٣٦١).

فِيهَا حَقُّ بَنِي آدَمَ، وَالحَربِيُّ مُلحَقٌ بِالجَمَادِ حَتَّى كَانَ مَحَلًّا لِلتَّمَلُّكِ، إلَّا أَن تَكُونَ حَامِلًا، لِأَنَّ فِي بَطنِهَا وَلَدًا ثَابِتَ النَّسَبِ. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ يَجُوزُ نِكَاحُهَا وَلَا يَطَؤُهَا كَالحُبلَى مِنَ الزِّنَا، وَالأَوَّلُ أَصَحُّ.

النكاح، كحمل أم الولد حيث لا يجوز أن يتزوجها مولاها إذا كانت حاملًا. ذكره في الفوائد الظهيرية.

(وعن أبي حنيفة): روى الحسن وأبو يوسف عنه: أنه يصح نكاحها، ولا يطأها كحبلى من الزنا، وهو اختيار الكرخي؛ إذ لا حرمة لماء الحربي كماء الزاني.

(والأول) وهو عدم صح نكاحها **(أصح)**؛ لأن الحمل من الزنا لا نسب له، وهاهنا النسب ثابت من الحربي كما ذكرنا، وباعتبار المحل مشغول بحق الغير، فلا يصح ما لم يفرغ المحل عن حق الغير. كذا في المبسوط[(١)].

وفي الإسْبِيجابي: والأصح ظاهر الرواية. ثم لم يذكر في هذا الباب وجوب العدة على الصغيرة والكتابية.

وفي الذخيرة: طلق الصغيرة بعد الدخول؛ تعتد بثلاثة أشهر.

وعن الفضلي: إذا كانت مراهقة فعدتها لا تنقضي بالأشهر؛ بل يوقف حالها إلى أن يظهر أنها حبلت بذلك الوطء أم لا؟ فإن ظهر؛ كانت عدتها وضع الحمل وإلا بالأشهر، ولو حاضت في الأشهر تستأنف العدة.

واختلف مشايخنا في إطلاق إيجاب العدة عليها؛ أكثر المشايخ لا يطلقون لفظ الوجوب؛ لأنها غير مخاطبة، لكن ينبغي أن يقال: تعتد.

وكذا تجب العدة على الكتابية إذا كانت تحت مسلم كالمسلمة، ولو كانت [تحت][(٢)] ذمي؛ فلا عدة عليها في موت ولا فراق في قول أبي حنيفة. وعندهما: عليها العدة؛ لأن في العدة حق الزوج وإن كان فيها حق الشرع [والكتابية مخاطبة بحقوق العباد.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٥/ ٥٨).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

فَصْلٌ: [مَا يَجِبُ عَلَى المُعْتَدَّاتِ مِنَ الفِعْلِ وَالتَّرْكِ]

قَالَ: (وَعَلَى المَبْتُوتَةِ وَالمُتَوَفَّى عَنهَا زَوجُهَا إذَا كَانَت بَالِغَةً مُسلِمَةً الحِدَادُ) أَمَّا

وله: لا يجب؛ لأن إيجابها لِحَقِّ الشرع][1] أو لِحَقِّ الزوج. ولا وجه للأول ولا للثاني؛ لأنه لا يعتقد ذلك، بخلاف ما إذا كان الزوج مسلمًا؛ لأنه يعتقد ذلك.

واختلف العلماء في عدة المستحاضة:

فعندنا: هي وغيرها سواء؛ لأنها إن كانت صاحب العادة؛ ردت إلى أيام عادتها، والمبتدأة والناسية لعادتها [تعتد][2] بثلاثة أشهر.

وعند الشافعي وأحمد: ثلاثة أشهر إذا لم يوجد تمييز.

وقال مالك: سَنَةٌ في الطلاق كالمُرْتابة، وتسعة أشهر استبراء، وثلاثة أشهر عدة، حرة كانت أمة أو كتابية.

فصل

لما ذكر وجوب العدة وكيفيتها، وعلى من يجب؛ ذكر في هذا الفصل ما يجب على المعتدات وما لا يجب.

ولفظ المبتوتة يقع على المُطلّقة بائنًا أو ثلاثًا، وعلى المختلعة.

وفي المغرب: حداد المرأة ترك زينتها وخضابها بعد موت زوجها[3].

وأصل الحد: المنع، وأنها مُنِعَتْ أو مَنعَتْ نفسها، يقال: أحدَّتْ إحدادًا فهي مُحِدٌّ، وَحَدَّت تَحِدُّ حِدادًا من حَدَّ نَصَرَ، والحداد أيضًا: ثياب المآثم السود.

قال ابن شداد في أحكامه: أَحَدَّ وحَدَّ لغتان، وهو من الحد.

قوله: (المتوفى عنها زوجها) يجب عليها الحداد في قول العلماء، سواء كانت حاملًا أو غيرها، ولكن لا تزيد على أربعة أشهر وعشرًا، إلا عند الشعبي

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ١٠٧).

الْمُتَوَفَّى عَنهَا زَوجُهَا فَلِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا يَحِلُّ لِامرَأَة تُؤمِنُ بِاللَّهِ وَاليَومِ الآخِرِ أَن تُحِدَّ عَلَى مَيِّت فَوقَ ثَلَاثَةِ أَيَّام إِلَّا عَلَى زَوجِهَا أَربَعَةَ أَشهُر وَعَشرًا» وَأَمَّا المَبتُوتَةُ فَمَذهَبُنَا ....

والحسن بن أبي الحسن البصري، والحَكَمُ بن عُيَيْنَة، حيث قالوا: لا يجب ويحل؛ لقوله عليه السلام: «**لا يحل لامرأة...**» الحديث، والاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا، فيكون للإثبات بعد النفي، فمقتضاه الحل دون الإيجاب.

وعند أصحاب الظاهر: الحداد فرض عليها. ذكره ابن حزم في المحلَّى بالنص، وهذا [٤٩٧/أ] الحديث مذكور في الصحاح، وشرح الآثار والمبسوط [متفق](١) على صحته.

قيل: تقدير الحديث: لا تَحِدُّ المرأة على ميت فوق ثلاثة أيام، إلا المتوفى عنها زوجها؛ فإنها تحد على زوجها أربعة أشهر وعشرا، فكان حينئذ إخبارًا بإحداد المتوفى عنها زوجها، ولفظ الحديث في شرح الآثار، ومبسوط فخر الإسلام.

(**إلا على زوجها**) فإنها تحد أربعة أشهر وعشرا.

وجه التمسك: أنه عليه السلام أخبر عن إحدادها، والخبر آكد من الأمر في اقتضاء الوجوب، فإن مقتضاه إحلال الإحداد كما ذكره الشعبي وابن عيينة؛ لأنه استثناء من التحريم، والاستثناء من التحريم إحلال، ولا كلام فيه، إنما الكلام في إيجابه، والحديث لا يدل عليه.

وأجيب أن **قوله**: (**لا يحلُّ**) نفي لإحلال الإحداد، ونفي إحلال الإحداد نفي الإحداد، فيكون الاستثناء إثبات للإحداد، فصار التقدير: لا تحد على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها فإنها تحد، فيكون إخبارًا، فيكون واجبًا لما مر.

فإن قيل: الإحداد التأسف على فوت نعمة النكاح، وقد قال تعالى: ﴿لِّكَيْلَا تَأْسَوْا عَلَىٰ مَا فَاتَكُمْ﴾ [الحديد ٢٣] الآية فكان الحديث معارضًا للكتاب.

قلنا: المراد بما في الآية أسىً خاصٌّ وفرحٌ خاصٌّ، وهو الأسى والفرح مع

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

قَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا حِدَادَ عَلَيهَا، لِأَنَّهُ وَجَبَ إظهَارُ التَّأَسُّفِ عَلَى فَوتِ زَوجٍ وَفَّى بعَهدِها إلَى مَمَاتِهِ، وَقَد أَوحَشَهَا بِالإِبَانَةِ فَلَا تَأسَف بِفَوتِهِ. وَلَنَا: مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى المُعتَدَّةَ أَن تَختَضِبَ بِالحِنَّاءِ». وَقَالَ: «الحِنَّاءُ طِيبٌ» وَلِأَنَّهُ يَجِبُ إظهَارًا لِلتَّأَسُّفِ عَلَى فَوتِ نِعمَةِ النِّكَاحِ الَّذِي هُوَ سَبَبٌ لِصَونِهَا وَكِفَايَةِ مُؤَنِهَا، وَالإِبَانَةُ أَقطَعُ لَهَا مِن المَوتِ، حَتَّى كَانَ لَهَا أَن تُغَسِّلَهُ مَيِّتا قَبلَ الإِبَانَةِ لَا بَعدَهَا (وَالحِدَادُ) وَيُقَالُ: الإِحدَادُ، وَهُمَا لُغَتَانِ (أَن تَترُكَ الطِّيبَ وَالزِّينَةَ وَالكُحلَ وَالدُّهنَ

الصِّياح. هكذا روى عن ابن مسعود موقوفًا ومرفوعًا إلى النبي ﷺ.

وقال الشافعي: لا حداد على المبتوتة بالثلاث والخلع، وبه قال مالك وأحمد في رواية.

وفي المنهاج: يستحب. وفي قول: يجب. وقال في القديم وأحمد في رواية: يجب، كقولنا.

قوله: (ولنا: ما رُوِيَ أنَّ النبي ﷺ) روت أم سلمة «**أنَّه عليه السلام (نهى المعتدَّةَ أن تختضبَ بالحنَّاءِ، والحِنَّاءَ طِيبٌ**)»[(١)]. ذكره في المبسوط[(٢)] وغيره. ورواه النسائي من غير فصل. ولأنها معتدة عن نكاح صحيح، فكانت كالمتوفى عنها زوجها، والحداد إظهار التأسف على فوت نعمة النكاح، وذلك موجود في المبتوتة كما في المتوفى عنها زوجها. كذا في المبسوط[(٣)].

فإن قيل: المبتوتة تتناول المختلعة، فكيف تتأسف المختلعة وقد أفدت نفسها بالمال لطلب الخلاص منه، وكذا المبانة كيف تتأسف وقد جفاها بالإبانة وآثر عليها غيرها، بل تظهر السرور بالتخلص عن مثل هذا الزوج كما قال الخصم.

قلنا: وجوب الحداد دائر بفوت النكاح الصحيح بالسنة، لا لاعتبار وفاء الزوج وجفائه، ألا [ترى][(٤)] أن الزوج إن وفى لها إلى الموت لا يربوا درجة على الأبوين، ولم يشرع الحداد بموتهما بالإجماع، فعلم أن الحداد دائر بفوت

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/٥٨).
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/٥٨).
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

الْمُطَيَّبَ وَغَيرَ المُطَيَّبِ إِلَّا مِن عُذر، وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: إِلَّا مِن وَجَع) وَالمَعنى فِيهِ وَجهَانِ: أَحَدُهُمَا مَا ذَكَرنَاهُ مِن إظهَارِ التَّأَسُّفِ.

وَالثَّانِي: أَنَّ هَذِهِ الأَشيَاءَ دَوَاعِي الرَّغبَةِ فِيهَا، وَهِيَ مَمنُوعَةٌ عَنِ النِّكَاحِ فَتَجتَنِبُهَا كَي لَا تَصِيرَ ذَرِيعَة إِلَى الوُقُوعِ فِي المُحَرَّمِ، وَقَد صَحَّ أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَم يَأذَن لِلمُعتَدَّةِ فِي الِاكتِحَالِ.

وَالدُّهنُ لَا يَعرَى عَن نَوعِ طِيب وَفِيهِ زِينَةُ الشَّعرِ، وَلِهَذَا يُمنَعُ المُحرِمُ عَنهُ، قَالَ: إِلَّا مِن عُذر لِأَنَّ فِيهِ ضَرُورَة، وَالمُرَادُ الدَّوَاءُ، لَا الزِّينَةُ.

وَلَو اعتَادَت الدُّهنَ فَخَافَت وَجَعًا، فَإِن كَانَ ذَلِكَ أَمرًا ظَاهِرًا يُبَاحُ لَهَا، لِأَنَّ الغَالِبَ كَالوَاقِعِ، وَكَذَا لُبسُ الحَرِيرِ إِذَا احتَاجَت إِلَيهِ لِعُذر ....

نعمة النكاح لا بالوفاء، وفي هذا لا فرق بين المختلعة والمبتوتة.

فإن قيل: لو كان كذلك ينبغي أن يجب على الأزواج كما وجب على الزوجات؛ لما أن نعمة النكاح مشتركة بينهما.

قلنا: النكاح أصلح في حق الزوجات؛ لما فيه من صيانتهن ودرور النفقة عليهن لعجزهن عن التكسب.

قال شيخ الإسلام: الحداد ما وجب إلا تبعًا للعدّة بالنص، ولا عدّة على الزوجات.

قال الإمام الزرنكري: الحداد لا يجب على خمس نسوة: المطلقة رجعيًّا؛ لعدم انقطاع النكاح بإجماع الأئمة الأربعة، ويستحب الإحداد فيها بالإجماع. والمعتدة على نكاح فاسد؛ لعدم النعمة. والكتابية والصبية؛ لأنهما غير مخاطبين. وأم الولد إذا أعتقت؛ لأن زوال الرق نعمة، فلا يليق فيه إظهار التأسف. كذا في الفوائد الظهيرية، ويجيء أيضًا.

قوله: (والمعنَى فيه)؛ أي: في إيجاب ترك الطيب والزينة.

(لم يأذن للمعدة في الاكتحال)؛ لأنه إن كان مطيبًا فظاهر، وإن لم يكن فلا يخلو عن نوع زينة. **(والمراد الدواء لا الزينة)** ولكن لا تقصد به الزينة.

قوله: (لعذر) وهو الحكة أو المرض أو القمل.

لَا بَأسَ بِهِ.

وقال مالك: يباح لها الحرير الأسود، وكذا الحلي حرام إلا لضرورة؛ لحديث أم سلمة.

يباح لها الكحل عند الأئمة الأربعة وعامة العلماء.

وقالت الظاهرية: فرض عليها الاجتناب عن الكحل لضرورة وغيرها؛ لما روى أن امرأة سألت رسول الله ﷺ وقالت: إن ابنتي توفى عنها زوجها، وقد اشتكت عينها، أفَنَكْحُلُها، فقال عليه السلام: «**لا**» مرتين أو ثلاثًا،[٤٩٧/ب] ثم قال: «**إنما هي أربعة أشهر وعشر**»(١) رواه البخاري، ومسلم، وأبو داود، والنسائي، وابن ماجة، فمنعها النبي عليه السلام مع ذكر الضرورة والحاجة، وأكد المنع مرتين أو ثلاثة.

وللجمهور: حديث أم حكيم بنت أسيد عن أمها، أن زوجها توفِّي، وكانت تشتكي عينها، فتكحل بكحل الجلاء، فأرسلت مولاة لها إلى أم سلمة فسألتها من كحل الجلاء، فقالت: لا تكتحلي منه إلا من أمر لا بد منه يشتد عليك [فتكتحلي](٢) بالليل وتمسحينه بالنهار، ثم قالت: عند ذلك دخل عليَّ رسول الله ﷺ حين توفى أبو سلمة، وقد جعلت عليَّ صبرًا، فقال: «**ما هذا يا أمَّ سلمة؟**»، فقلت: إنما هي صبر يا رسول الله ليس فيه طِيب، قال: «**إنه يَشُبُّ باللَّيلِ فلا تجعَلينَهُ إلا باللَّيلِ وتنزعينَ بالنَّهارِ، ولا تمتشطينَ بالطِّيبِ ولا بالحِنَّاءِ فإنَّه خضاب**»، قال: قلت: فبأي شيء أمتشط يا رسول الله؟ قال: «**بالسَّدرِ تغسلينَ بِهِ رأسَكِ**»(٣) رواه أبو داود، والنسائي، وأحمد. لكن أمها مجهولة، وحديثهم صحيح لا يمكن أن يعارض بهذا الحديث؛ لكن معناه صحيح يشهد له الكتاب والسنة، وعليه أهل الحل والعقد، وهم أخبر بمعاني الأحاديث من الظاهرية، فكفى بهم قدوة.

وفي المحيط: اكتحَلَتْ أو ادَّهنَتْ لدفع أذى يجوز، وللزينة لا يجوز،

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) سبق تخريجه.

(وَلَا تَخْتَضِبَ بِالحِنَّاءِ) لَمَا رَوَينَا (وَلَا تَلْبَسُ ثَوبًا مَصبُوغًا بِعُصفُرٍ وَلَا بَزَعفَرَان) لِأَنَّهُ يَفُوحُ مِنهُ رَائِحَةُ الطِّيبِ . ...

وتمتشط بالأسنان الواسعة لا بالأسنان الضيقة. ذكره في المبسوط أيضًا.

وقال الشافعي ومالك وأحمد: يجوز الامتشاط مطلقًا، وقد ورد في الحديث.

وقلنا: الامتشاط بالضيقة للزينة، والحديث إن ثبت فمحمول عليها.

وعندهم: لها أن تدخل الحمام وتغسل رأسها بالخطمي والسدر.

وأجمعوا على منع الأدهان الطيبة، واختلفوا في غير الطيبة كالزيت والبخت والشيرج البخت والسمن؛ فعند أصحابنا والشافعي: حرام لغير الضرورة. وعند مالك وأحمد والظاهرية: تدَّهن بالزيت والشيرج الغير المطيب.

قوله: (لأنه يفوح منه رائحة الطيب): وفي الكافي: إلا إذا لم يكن لها ثوب إلا المصبوغ، فحينئذ لا بأس به؛ لضرورة ستر العورة، ولكن لا بقصد الزينة.

وفي حديث أم سلمة: «**لا تلبسْ المعصفرَ والممشقةَ ولا الحَليَّ ولا تختضبْ ولا تكتحلْ**» رواه أحمد وأبو داود[(١)]. والمِمْشق: المَغْرَةُ.

ولا تلبس العصب عندنا والشافعي رقيقه وغليظه. وقال مالك: يحرم رقيقه دون غليظه. واختلفوا الحنابلة فيه وفي تفسيره، وأباحه الظاهرية.

وفي الصحاح: العَصْبُ: ثياب من شاة يعمل في اليمن[(٢)].

وفي المغني: الصحيح: أن العصب نبت تصبغ به الثياب[(٣)].

وفي الروضة: العصب والورس نبت ينبتان في اليمن.

قال الإمام الحلواني: المراد بالثياب المذكورة الجديد منها، أما الخَلِقُ منها لا يقع به الزينة، فلا بأس به.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٩٢ برقم ٢٣٠٤)، والنسائي (٦/ ٢٠٣ برقم ٣٥٣٥)، وأحمد (٦/ ٣٠٢ برقم ٢٦٦٢٣)، وابن حبان (١٠/ ١٤٤ برقم ٤٣٠٦) من حديث أم سلمة رضي الله عنها.

(٢) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري (١/ ١٨٢).

(٣) المغني لابن قدامة (٨/ ١٥٨).

قَالَ: (وَلَا حِدَادَ عَلَى كَافِرَة) لِأَنَّهَا غَيرُ مُخَاطَبَة بِحُقُوقِ الشَّرعِ (وَلَا عَلَى صَغِيرَة) لِأَنَّ الخِطَابَ مَوضُوعٌ عَنهَا ....

ويباح لها لبس الأسود عند الأئمة الأربعة؛ إذ لا يقصد به الزينة؛ بل أبلغ في الحداد.

وقالت الظاهرية: يجتنب عن لبس السواد، كما في المصبوغ بالحمرة والخضرة، ولا تحضر المعتدة عمل الطَّيب، ولا تتَبَخَّرُ به ولا تبيعه وإن لم يكن لها كسب إلا فيه، وإن لم يوافق عليه.

قال محمد في النوادر: لا يحل الإحداد لمن مات أبوها أو ابنها أو أمها أو أخوها، وإنما هو في الزوج خاصة.

قيل: أراد بذلك فيما زاد على الثلاث؛ إذ في الحديث إباحة الإحداد للمسلمات على غير أزواجهن ثلاثة أيام، ولم يحك خلافًا.

وفي المنهاج: لها الإحداد على غير الزوج ثلاثة أيام، وتحرم الزيادة.

قوله: (ولا حداد على كافرة) إلى آخره.

اعلم: أن عندنا لا يجب الإحداد على الصغيرة، ولا على مجنونة، ولا على كافرة، مع وجود العدة عليهن.

وقال الشافعي ومالك والظاهرية: يجب عليها الإحداد؛ لأنه يجب لموت الزوج، فيعم النساء كالعدة.

وقلنا: الحداد من حقوق الشرع، ولهذا شُرِطَ الإيمان لوجوبه؛ قال عليه السلام: «**لا يَحِلُّ لامرأةٍ تؤمنُ باللهِ**»[(١)] الحديث، والإيمان إنما يشترط لحق الله تعالى، والخطاب موضوع عنهن لا يلزم العدّة؛ لأنها مجرد مضي أجل لتعرف براءة الرحم، فثبوتها لا يؤدي إلى توجه خطاب الشرع، بخلاف الحداد؛ فإنها تخاطب به شرعًا، ولهذا لو أمرها الزوج بترك الحداد لا يحل لها تركه. وكذا لو اكتحلن أو لبسن المزعفر أو اختضبت في هذه الحالة لا تأثمن لعدم التكليف.

---

(١) سبق تخريجه.

(وَعَلَى الأَمَةِ الإِحدَادُ) لِأَنَّهَا مُخَاطَبَةٌ بِحُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى فِيمَا لَيسَ فِيهِ إِبطَالُ حَقِّ المَولَى، بِخِلَافِ المَنعِ مِن الخُرُوجِ، لِأَنَّ فِيهِ إِبطَالَ حَقِّهِ وَحَقُّ العَبدِ مُقَدَّمٌ لِحَاجَتِهِ.

قوله: **(وَعَلَى الْأَمَةِ الْإِحْدَادُ)**؛ يعني: إذا كانت منكوحة في الوفاة والطلاق [٤٩٨/أ] البائن، وكذا على المدبرة وأم الولد والمستسعاة؛ لفوات نعمة النكاح. وبه قال الشافعي ومالك وأحمد.

وفي المغني: والحرة والأمة في ذلك سواء إذا كانت زوجة، ولم يذكر فيه خلافًا(١).

فإن قيل: لو وجب الحداد لفوات نعمة النكاح؛ لوجب بعد شراء منكوحته؛ لزوال النكاح بالشراء.

قلنا: لم تفت نعمة الحل ببقاء ملك اليمين.

قيل في ذلك الجواب: الحل بملك اليمين دون الحل بالنكاح؛ لأنه كان سببًا لثبوت النسب بلا دعوة، دون الحل بملك اليمين، فلا ينوب الأدنى عن الأعلى.

أجيب عنه: أن الحداد يجب بعد الشراء كالعدة، لكنه لم يظهر لكونها حلالًا، حتى لو أعتقها ظهر.

وفي المبسوط: يجب الحداد والعدة بعد العتق استحسانًا، وفي القياس: لا(٢).

قوله: **(بخلاف المنع من الخروج)**؛ يعني: لا يمنع من الخروج في العدة لخدمة المولى؛ لأن فيه تفويت حق المولى، وحق المولى مقدم على حق الشرع؛ لحاجته واستغناء الشرع. أما حق المولى والاستخدام لا يفوت بالحداد، فيجب حقًّا لصاحب الشرع؛ ألا ترى أن المولى يمنعها من النوافل، ويمنع العبد عن شهود الجمعة والجماعة؛ لأنها ليست بممنوعة عن الخروج حال قيام النكاح لحق المولى، ففي العدة أولى.

---

(١) المغني لابن قدامة (٨/ ١٥٤).
(٢) المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ٦٠).

قَالَ: (وَلَيسَ فِي عِدَّةِ أُمِّ الوَلَدِ، وَلَا فِي عِدَّةِ النِّكَاحِ الفَاسِدِ إِحدَادٌ) لِأَنَّهَا مَا فَاتَهَا نِعمَةُ النِّكَاحِ لِتُظهِرَ التَّأَسُّفَ، وَالإِبَاحَةُ أَصلٌ.

(وَلَا يَنبَغِي أَن تُخطَبَ المُعتَدَّةُ، وَلَا بَأسَ بِالتَّعرِيضِ فِي الخِطبَةِ) لِقَولِهِ تَعَالَى:

(وليس في عدة أم الولد) إذا مات سيدها أو أعتقها **(إحداد)** ولا في النكاح الفاسد، ولا في الوطء بالشبهة حداد **(لأنها ما فاتها)**؛ أي: لأم الولد والمنكوحة فاسدًا أو الموطوءة بشبهة **(نعمة النكاح)** لعدم النكاح؛ لأن بالإعتاق يزول الرق، وهو آية الكفر، فلا يليق به إظهار التأسف، بل يليق به الشكر. والنكاح الفاسد معصية، فلزمها الشكر على فواته، لا التأسف. كذا في الفوائد الظهيرية.

قوله: (الإباحة) أن إباحة الزينة **(أصل)** خصوصًا في حق النساء، قال تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِىٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ﴾ [الأعراف:٣٢] أي: الثياب، وقد يتجمل به، والاستفهام لإنكار تحريم هذه الأشياء.

فإن قيل: لوجوب علّتان مُسْتَقِلّتان، إحداهما: إظهار التأسف. والثانية: كون هذه الأشياء دواعي الرغبة فيها، وهي ممنوعة عن ذلك، وأم الولد والمعتدة عن نكاح فاسد ممنوعتان عن النكاح في العدة، فينبغي أن يجب الحداد عليهما بالنظر إلى ذلك.

قلنا: كونهما ممنوعتان عن النكاح في العدة حكم وجوب الحداد لا عليه؛ بل علته فوات نعمة النكاح، وهو يدور معه وجودًا وعدمًا. كذا قيل.

قوله: (ولا بأس بالتعريض): وفي شرح التأويلات: أراد بها المتوفى عنها زوجها؛ إذ التعريض لا يجوز في المطلقة بالإجماع؛ لأنه لا يجوز لها الخروج من منزلها أصلًا، فلا يتمكن من التعريض على وجه لا تقف عليه سواها.

وأجمعوا على منع الخطبة وجواز التعريض في المتوفى عنها زوجها.

وفي المنهاج: لا تعريض لرجعية، وتحلّ في عدة الوفاة، وكذا في البائن في الأظهر.

(﴿عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ﴾) والتعريض: أن يذكر شيئًا يدل به على شيء لم يذكره، كما يقول المحتاج للمحتاج إليه: جئتكَ لأسلّمَ عليك ولأنظر إلى

﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ﴾ [البقرة: ٢٣٥] إِلَى أَن قَالَ: ﴿وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّآ أَن تَقُولُوا۟ قَوْلًا مَّعْرُوفًا﴾ [البقرة: ٢٣٥] وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «السِّرُّ النِّكَاحُ» وَقَالَ ابنُ عَبَّاس ﷺ: التَّعرِيضُ أَن يَقُولَ: إِنِّي أُرِيدُ أَن أَتَزَوَّجَ. وَعَن سَعِيدِ ابنِ جُبَير ﷺ فِي القَولِ المَعرُوفِ: إِنِّي فِيكِ لَرَاغِبٌ وَإِنِّي أُرِيدُ أَن نَجتَمِعَ.

(وَلَا يَجُوزُ لِلمُطَلَّقَةِ الرَّجعِيَّةِ وَالمَبتُوتَةِ الخُرُوجُ مِن بَيتِهَا لَيلًا وَلَا نَهَارًا، وَالمُتَوَفَّى عَنهَا زَوجُهَا تَخرُجُ نَهَارًا وَبَعضَ اللَّيلِ، وَلَا تَبِيتُ فِي غَيرِ مَنزِلِهَا) أَمَّا

وجهكَ الكريم. والكناية: ذكر الرديف وإرادة المردوف، كقولك: فلان طويل النجاد، يعني: به طول القامة.

(﴿أَوْ أَكْنَنتُمْ فِىٓ أَنفُسِكُمْ﴾) في الكشاف: أي: سترتم في قلوبكم، فلم تذكروه بألسنتكم لا معرضين ولا مصرحين، والمستدرك بقوله: ﴿وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾ محذوف، تقديره: علم الله أنكم ستذكرونهن فاذكروهن.

(﴿وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾)؛ أي: وطئًا؛ لأنه مما يسر (﴿إِلَّآ أَن تَقُولُوا۟ قَوْلًا مَّعْرُوفًا﴾) وهو أن تُعَرِّضوا ولا تُصَرِّحوا، والاستثناء يتعلق بـ (لا تواعدوهن)، أي: لا تواعدوهن مواعدة معروفة، ويسمى النكاح سرًّا؛ لأنه سبب السر الذي هو الوطء.

وعن ابن عباس: والتعريض أن يقول: إني رأيت أن أتزوج، وأنت جميلة صالحة، وعسى الله أن ييسر لي امرأة صالحة، ونحو ذلك من الكلام الموهم أنه يريد نكاحها.

وفي الينابيع: يُعَرِّفُها بالدلائل والقرائن. ولا يجوز التعريض في عدة الطلاق؛ لإفضائه إلى عداوة المُطَلِّق.

وفي المنهاج: يجوز التعريض في البائن في الأظهر، فألحقها بالمتوفى عنها زوجها هاهنا، ولم يلحقها في الحداد.

قوله: (وَلَا تَبِيتُ فِي غَيْرِ مَنْزِلِهَا): في المحيط: تبيت المتوفى عنها زوجها أن تبيت [٤٩٨/ب] أقل من نصف الليل، قالوا: وهذا هو الصحيح.

الـمُطَلَّقَةُ فَلِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَـٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [الطلاق: ١] قِيلَ: الفَاحِشَةُ نَفسُ الخُرُوجِ، وَقِيلَ: الزِّنَا، وَيَخرُجنَ لِإِقَامَةِ الحَدِّ، وَأَمَّا المُتَوَفَّى عَنهَا زَوجُهَا: فَلِأَنَّهُ لَا نَفَقَةَ لَهَا فَتَحتَاجُ إِلَى الخُرُوجِ نَهَارًا لِطَلَبِ المَعَاشِ، وَقَد يَمتَدُّ إِلَى أَن يَهجُمَ اللَّيلُ، وَلَا كَذَلِكَ المُطَلَّقَةُ، لِأَنَّ النَّفَقَةَ دَارَّةٌ عَلَيهَا مِن مَالِ زَوجِهَا، حَتَّى لَو اختَلَعَت عَلَى نَفَقَةِ عِدَّتِهَا قِيلَ: إِنَّهَا تَخرُجُ نَهَارًا، وَقِيلَ: لَا تَخرُجُ لِأَنَّهَا أَسقَطَت حَقَّهَا فَلَا يَبطُلُ بِهِ حَقٌّ عَلَيهَا.

وأوجب المبيت على المتوفى عنها زوجها عمر وعثمان، وابن مسعود وابن عمر، وأم سلمة، وبه يقول ابن المسيب والقاسم بن محمد، والأوزاعي ومالك، والشافعي وأحمد، وإسحاق بن راهويه وأبو عبيد، وجماعة من فقهاء الأمصار.

وعن علي وابن عباس وجابر وعائشة: أنها تعتد حيث شاءت، وهو [قول][1] الحسن وعطاء والظاهرية؛ لحديث فاطمة بنت قيس، ويجيء الكلام عنه.

(**قيل: الفاحشة نفس الخروج**) قاله النخعي، وبه أخذ أبو حنيفة، فكان معناه: إلا أن يكون خروجها فاحشة، كما يقال: لا يسبُّ النبيَّ إلا كافرٌ، ولا يزني إلا أن يكون فاسقًا.

(**وقيل: الزنا**)؛ يعني: أن يزني فيخرج لإقامة الحد، وبه أخذ أبو يوسف. قاله ابن مسعود.

وقال ابن عباس: الفاحشة نشوزها، وأن تكون بذيئة اللسان تبذو على أحماء زوجها.

وما قاله ابن مسعود أصح؛ لأن (إلا أن) للغاية، والشيء لا يجعل غاية لنفسه، وما ذكره إبراهيم يحتمل أيضًا.

وقيل: لا تخرج؛ لأنها أسقطت حقها برضاها.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(وَعَلَى الْمُعتَدَّةِ أَن تَعتَدَّ فِي الْمَنزِلِ الَّذِي يُضَافُ إِلَيهَا بِالسُّكنَى حَالَ وُقُوعِ الفُرقَةِ وَالمَوتِ) لِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] وَالبَيتُ المُضَافُ إِلَيهَا هُوَ البَيتُ الَّذِي تَسكُنُهُ، وَلِهَذَا لَو زَارَت أَهلَهَا وَطَلَّقَهَا زَوجُهَا كَانَ عَلَيهَا أَن تَعُودَ إِلَى مَنزِلِهَا فَتَعتَدَّ فِيهِ، وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِلَّتِي قُتِلَ زَوجُهَا: «أُسكُنِي فِي بَيتِك حَتَّى يَبلُغَ الكِتَابُ أَجَلَهُ» (وَإِن كَانَ نَصِيبُهَا مِن دَارِ المَيِّتِ لَا يَكفِيهَا فَأَخرَجَهَا الوَرَثَةُ مِن نَصِيبِهِم انتَقَلَت)، لِأَنَّ هَذَا انتِقَالٌ بِعُذر، وَالعِبَادَاتُ تُؤَثِّرُ

وفي جامع قاضي خان: و[هو][1] الصحيح، كما لو اختلعت على أن لا سكنى لها؛ تسقط مؤنة السكنى، وبه يفتي الصدر الشهيد، ويلزمها أن تكتري بيت الزوج، وأما أن يحل لها الخروج فلا.

وقيل: تخرج لمعاشها كالمتوفى عنها زوجها.

قوله: (وقال عليه الصلاة والسلام للتي قتل زوجها) في المبسوط[2]: روي أن فريعة بن مالك بنت أبي سنان، وهي أخت أبي سعيد الخدري لما قتل زوجها، جاءت إلى النبي ﷺ تستأذن أن تعتد في بني خدرة لا في بيت زوجها، فأذن لها رسول الله ﷺ، فلما خرجت من عند النبي عليه السلام دعاها فقال: «**أعيدي المسألة**» فرددت عليه القصة، فقال عليه السلام: «**لا، امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله**»[3] فاعتدَّت فيه أربعة أشهر وعشرًا. رواه مالك في الموطأ، وأحمد، وأبو داود، والنسائي، وابن ماجه، والطحاوي، وأبو بكر الرازي، والأثرم، والترمذي، ولفظ الترمذي: وهذا حديث حسن صحيح.

وطعن ابن حزم فيه؛ بأن حديث فريعة من طريق زينب بنت كعب بن عجرة، وهي مجهولة، ولا روى عنها غير سعد بن إسحاق بن كعب، وهو غير مشهور.

أجيب: لا يلتفت إلى طعنه بعد أن حكم الترمذي بصحته.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٣٢).
(٣) سبق تخريجه.

فِيهَا الأَعذَارُ، فَصَارَ كَمَا إذَا خَافَت عَلَى مَتَاعِهَا أَو خَافَت سُقُوطَ المَنزِلِ أَو كَانَت فِيمَا بِأَجرٍ وَلَا تَجِدُ مَا تُؤَدِّيه.

(ثُمَّ إن وَقَعَت الفُرقَةُ بِطَلَاق بَائِنٍ أَو ثَلَاث، لَا بُدَّ مِن سُترَة بَينَهُمَا، ثُمَّ لَا بَأسَ بِهِ) لِأَنَّهُ مُعتَرِفٌ بِالحُرمَةِ، إلَّا أَن يَكُونَ فَاسِقا يُخَافُ عَلَيهَا مِنهُ، فَحِينَئِذ تَخرُجُ لِأَنَّهُ عُذرٌ، وَلَا تَخرُجُ عَمَّا انتَقَلَت إلَيهِ، ....

وقال ابن المنذر: ثبت دليل صحة حديث فريعة، ولا يقول هو: ثبت، إلا في الحديث الصحيح، ولأنّ عِلْمَ من عَلِمَ لا يعارضه جَهْلُ من جَهِلَ، وكيف طعن فيه مع مذهب عمر وعثمان وابن مسعود وابن عمر وغيرهم من أعلام الصحابة، وما هو إلا سفاهة منه وطعنًا فيهم.

قوله: (أو خافت سقوط المنزل): وكذا لو خافت الغارة على متاعها.

(ولا تجد)؛ أي: المرأة **(ما تؤديه)**؛ أي: الأجر، فحينئذ لها الخروج بهذه الأعذار؛ لأن الاعتداد في منزل الزوج وإن كان واجبًا إلا أن الواجبات تتقيد بشرط الإمكان، ولا إمكان عند هذه الأعذار.

(ولا تخرج عما انتقلت إليه)؛ يعني: إذا سكنت منزلًا آخر لا تخرج من ذلك إلا لعذر؛ لأن الانتقال عن الأول للضرورة، وصار المنتقل إليه بهذه الأعذار نظير المنتقل عنه، وكان تعيين الموضع الذي تنتقل إليه إلى الزوج في الطلاق وإليها في الوفاة؛ لأنها مستبدة في أمر السكنى، وكذا في الزوج الغائب.

وفي المحيط: ولا تخرج إلى صحن دار فيها منازل؛ لأنها بمنزلة السكة، ولهذا لو أخرج المتاع إليه يقطع.

وفي المبسوط: المعتدة تخرج إلى صحن الدار لا تصير به خارجة من الدار كالزوجة، وتبيت في أي بيت شاءت منها، إلا أن يكون في الدار منازل لغيره، فحينئذ لا تخرج إلى تلك المنازل ولا إلى صحن الدار؛ لأنه بمنزلة السكة، فتصير خارجة من منزله[(١)].

قوله: (لا بأس به)؛ أي: لا بأس بالمساكنة بشرط اتخاذ السترة.

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ٣٦).

وَالأَولَى أَن يَخرُجَ هُوَ وَيَترُكَهَا (وَإِن جَعَلَا بَينَهُمَا امرَأَة ثِقَة تَقدِرُ عَلَى الحَيلُولَةِ فَحَسَنٌ، وَإِن ضَاقَ عَلَيهِمَا المَنزِلُ فَلتَخرُج، وَالأَولَى خُرُوجُهُ، وَإِذَا خَرَجَت المَرأَةُ مَعَ زَوجِهَا إِلَى مَكَّةَ فَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا أَو مَاتَ عَنهَا فِي غَيرِ مِصر، فَإِن كَانَ بَينَهَا وَبَينَ مِصرِهَا أَقَلُّ مِن ثَلَاثَةِ أَيَّام رَجَعَت إِلَى مِصرِهَا) ....

وفي المحيط: والصبيّة، إلّا في الرجعيّ، إلا بإذن الزوج كالزوجة، والكتابية تخرج إلا إذا منعها الزوج؛ صونًا لولده، وتبيت في غير منزلها، والمجنونة والمعتوهة تخرج كالكتابية، ولو خلعها والبيت واحد يجعل بينهما سترة، وكذا في الوفاة إن كان له أولاد كبار من غيرها غير محرم لها، فإن لم يجعلوها تنتقل.

ولو انهدم البيت في الوفاة تنتقل، وبه قال الشافعي وأحمد إلى أقرب موضع إليه، وفي الطلاق إلى حيث شاء هو، ولو كانت في السواد فخافت من سلطان أو غيره انتقلت إلى المصر.

وفي المبسوط: لا يمنع الزوج الصبيّة من [الخروج](1) [٤٩٩/أ] لعدم توهم العلوق، إلا أن تكون مراهقة فتكون كالكتابية، وأجرة المنزل إذا كانت تحدّ، عليها في الوفاة وعليه في الطلاق.

ولو كان الزوج غائبًا تعطي أجرة المنزل إذا طلبه صاحبه بإذن القاضي لترجع على الزوج. ولا تخرج المعتدة لسفر أو حج مع محرم وغيره.

وفي قاضي خان: تخرج الأمة في الرجعي والبائن لحقٍّ لمولاها، وكذا المكاتبة للاكتساب والمدبَّرة وأم الولد، وأما المسلمة لا تخرج في البائن وإن أذن الزوج فيه؛ لأن العدة حق الزوج والشرع.

قوله: (والأولى أن يخرج هو ويتركها)؛ لأن مكثها في منزل الزوج واجب، ومكثه في منزله غير واجب، فيكون انتقاله أولى.

قوله: (رَجَعَتْ إِلَى مِصْرِهَا)؛ أي: سواء كان مقصدها مدة سفر أو لا، أما إذا كان سفرًا فظاهر؛ لأن المضي إلى مقصدها يكون والرجوع لا. وأما إذا كان

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

لِأَنَّهُ لَيسَ بِابتِدَاءِ الخُرُوجِ مَعنى بَل هُوَ بِنَاءٌ (وَإِن كَانَت مَسِيرَةَ ثَلَاثَةِ أَيَّام، إن شَاءَت رَجَعَت، وَإِن شَاءَت مَضَت، سَوَاءٌ كَانَ مَعَهَا وَلِيٌّ مَحرَمٌ أَو لَم يَكُن) مَعنَاهُ: إِذَا كَانَ إِلَى المَقصِدِ ثَلَاثَةُ أَيَّام أيضا، لِأَنَّ المُكثَ فِي ذَلِكَ المَكَانِ أَخوَفُ عَلَيهَا مِن الخُرُوجِ، إِلَّا أَنَّ الرُّجُوعَ أَولَى لِيَكُونَ الاعتِدَادُ فِي مَنزِلِ الزَّوجِ. قَالَ: (إِلَّا أَن يَكُونَ طَلَّقَهَا أَو مَاتَ عَنهَا زَوجُهَا فِي مِصر فَإِنَّهَا لَا تَخرُجُ حَتَّى تَعتَدَّ ثُمَّ تَخرُجَ إن كَانَ لَهَا مَحرَمٌ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إن كَانَ مَعَهَا مَحرَمٌ فَلَا بَأسَ بِأَن تَخرُجَ مِن المِصرِ قَبلَ أَن تَعتَدَّ)(*) لَهُمَا: أَنَّ نَفسَ الخُرُوجِ مُبَاحٌ دَفعًا لِأَذَى الغُربَةِ وَوَحشَةِ الوَحدَةِ فَهَذَا عُذرٌ، وَإِنَّمَا الحُرمَةُ لِلسَّفَرِ وَقَد ارتَفَعَت بِالمَحرَمِ. وَلَهُ:

دونها فيرجع أيضًا؛ لأنها كما رجعت تصير مقيمة، وإذا مضت تكون مسافرة، وليس لها إنشاء السفر، وخروج المعتدة ما دون السفر مباح. وهذا معنى **قوله**: (**ليس بابتداء الخروج معنى بل هو بناء**).

وإن كان بينها وبين مقصدها دون مسيرة سفر [وبينها وبين منزلها مسيرة سفر](١)؛ مضت إلى مقصدها ولا ترجع؛ لأنها إن مضت لا تكون منشئة، ولا سائرة في العدة مدة سفر، ولو رجعت كان منشئة سفرًا. ولو كانت من الجانبين مدة سفر، وهو في موضع لا يقدر على المقام فيه كالمفازة؛ توجهت إلى أي الجانبين شاءت بمَحْرَمٍ وغير مَحْرَمٍ؛ لكن الرجوع أولى لما ذكر في المتن.

قوله: (**وقال أبو يوسف ومحمد**)، وهو قول أبي حنيفة أولا تخرج مع المحرم.

(**لهما: أن نفس الخروج مباح**) بالإجماع؛ لما يلحقها من ضرر الغربة ووحشة الانفراد، ولهذا تخرج ما دون السفر بلا مَحْرَم، فإذا بطل معنى السفر بالمَحْرَم بقي مجرد الخروج، وذا مباح لمكان الغربة؛ إذ الغربة تؤذي، فأشبه المفازة.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

أَنَّ العِدَّةَ أَمنَعُ مِن الخُرُوجِ مِن عَدَمِ المَحرَمِ، فَإِنَّ لِلمَرأَةِ أَن تَخرُجَ إِلَى مَا دُونَ السَّفَرِ بِغَيرِ مَحرَمٍ وَلَيسَ لِلمُعتَدَّةِ ذَلِكَ، فَلَمَّا حُرِّمَ عَلَيهَا الخُرُوجُ إِلَى السَّفَرِ بِغَيرِ المَحرَمِ فَفِي العِدَّةِ أَولَى.

قوله: **(فَلَمَّا حُرِّمَ عَلَيْهَا)**؛ أي: على المرأة **(الخروج إلى السّفر بغير مَحْرَم)** بالاتفاق، فلأن تمنعها العدة من الخروج وأنها ليست في موضع مخوف أولى، بخلاف ما إذا كانت في المفازة، فإن فَقْدَ المَحْرَمِ هناك لا يمنعها من الخروج؛ لأنها ليست موضع قرار. كذا في المبسوط[(١)].

أما لو كان الطلاق رجعيًّا؛ تبعث زوجها رجع أو مضى ولم يفارقه؛ لأن النكاح قائم.

وفي المغني: رجعت إن كانت قريبة؛ لأنها في حكم الإقامة. وإن كانت بعيدة مضت في سفرها. وقال مالك: تردُّ ما لم تُحْرِم، وحد القاضي القريب بما لا تقصر فيه الصلاة[(٢)].

وفي المنهاج: لو وجبت العدة في سفر حج أو تلاوة تجارة؛ فلها الرجوع أو المضي، فإن مضت أقامت لقضاء حوائجها، ثم يجب الرجوع لتعتد في مسكنه بقية العدة.

وفي المغني: قال الشافعي: إن فارقت البنيان فلها الخيار بين الرجوع والمضي[(٣)].

أما حديث ابن المسيب أن عمر رضي الله عنه ردّهن من ذي الحليفة حتى يعتدون في بيوتهن. ولا يخرجن في العدة إلى حجة الإسلام وإن فاتها الحج، ولو وجبت العدة بعد إحرامها لزمها المقام وإن فاتها الحج؛ لحرمة إنشاء السفر في حق المعتدة.

وقال الشافعي: تخرج وجوبًا.

وفي المبسوط: لو كان كل واحد من الجانبين مدة سفر؛ خيرت بين

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٣٥).
(٢) المغني لابن قدامة (٨/ ١٦٧).
(٣) المغني لابن قدامة (٨/ ١٦٧).

بَابُ ثُبُوتِ النَّسَبِ

(وَمَن قَالَ: «إن تَزَوَّجت فُلَانَةَ فَهِيَ طَالِقٌ» فَتَزَوَّجَهَا فَوَلَدَت وَلَدًا لِسِتَّةِ أَشهُر ...

الرجوع والمضي إذا كانت في المفازة، سواء كان معها مَحْرَمٌ أو لا. وينبغي أن تختار أقرب الجانبين. ولو كانت الجهتان مدة سفر وهو محرم فهو موضع الخلاف(١).

ولأبي حنيفة طريقان: أحدهما: ما ذكر في المتن. والثاني: أنها إلى الآن تابعة للزوج في السفر والإقامة، وقد زال ذلك، فتكون منشئة سفرًا من موضع أمن وغوث، والعدة تمنعها من ذلك، بخلاف المفازة؛ لأنها موضع إقامة، قالوا: على هذا لو سافَرَتْ مع محرم بغير زوج، ثم أتاها خبر موت زوجها أو طلاقَها؛ لا يكون عليها المقام فيه عند أبي حنيفة؛ لأنها ماضية على سفرها لا منشئة سفرًا.

وفي البدائع: ولو كانت الجهتان مدة سفر، فمضت أو رجعت وبلغت أدنى المواضع التي تصلح للإقامة؛ أقامت فيه واعتدت إن لم تجد مَحْرَمًا بلا خلاف، وكذا إن وجدت عند أبي حنيفة(٢). ومثله في المحيط.

وفيه: البدوي طلق امرأته، فأراد نقلها إلى مكان آخر في الكلأ والماء، فإن لم يتضرر تركها في ذلك الموضع في نفسه أو ماله؛ ليس له ذلك، وإن تضرر فله ذلك؛ إذ الضرورات تبيح المحظورات. وفي الطلاق الرجعي لا ترجع إلا مع زوجها، وفي البائن مع من شاءت.

باب ثبوت النسب

[٤٩٩/ب] لما ذكر أنواع المعتدات؛ ذكر في هذا الباب ما يلزم من اعتداد ذوات الأحمال، وهو ثبوت النسب.

قوله: (لستة أشهر) من غير زيادة ولا نقصان؛ لأنه لو زاد يحتمل أنه علق من زوج بعد الطلاق، ولو نقص علم أن علوقه كان سابقًا على النكاح قبل ثبوت الفراش.

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ٣٥).

(٢) بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ٢٠٧).

مِن يَوم تَزَوَّجَهَا، فَهُوَ ابنُهُ وَعَلَيهِ المَهرُ) أَمَّا النَّسَبُ فَلِأَنَّهَا فِرَاشُهُ، لِأَنَّهَا لَمَّا جَاءَت بِالوَلَدِ لِسِتَّةِ أَشهُر مِن وَقتِ النِّكَاحِ، فَقَد جَاءَت بِهِ لِأَقَلَّ مِنهَا مِن وَقتِ الطَّلَاقِ، فَكَانَ العُلُوقُ قَبلَهُ فِي حَالَةِ النِّكَاحِ، وَالتَّصَوُّرُ ثَابِتٌ بِأَن تَزَوَّجَهَا وَهُوَ يُخَالِطُهَا، فَوَافَقَ الإِنزَالُ النِّكَاحَ وَالنَّسَبُ يُحتَاطُ فِي إِثبَاتِهِ، وَأَمَّا المَهرُ فَلِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ النَّسَبُ مِنهُ جُعِلَ وَاطِئًا حُكمًا، فَتَأَكَّدَ المَهرُ بِهِ ....

والمراد باليوم في **قوله**: **(من يوم تزوجها)** الحين والوقت. كذا ذكره فخر الإسلام، وقال: هذه المسألة من خواص جامع الصغير.

(فقد جاءت به لأقل منها)؛ أي: من ستة أشهر من وقت الطلاق؛ لأن الطلاق يعقب الشرط، وإن لطف فيكون العلوق قبل الطلاق.

قوله: **(والتصور ثابت)** جواب لسؤال ذكره في جامع قاضي خان.

فإن قيل: لو جاءت به لستة أشهر من وقت التزوج؛ ينبغي أن لا يثبت النسب؛ لأنه كما تزوجها يقع الطلاق، فهذا نكاح لا يتصور فيه الوطء والإعلاق، وبدون التصور لا يثبت النسب، كما لو جاءت به امرأة الصبي.

قلنا: القياس كذلك، وهو قول زفر ومحمد أولًا. وفي الاستحسان - وهو قول محمد آخر -: يثبت النسب؛ لأنه يحتال في إثباته، وأمكن إثباته هاهنا منه؛ بأن تزوجها وهو يخالطها، والناس يسمعون كلامها، فيكون العلوق حاصلًا قبل زوال الفراش ضرورة، فيثبت النسب.

ومن المشايخ من قال: لا يحتاج إلى هذا التكلف، وقيام الفراش كاف، ولا يعتبر إمكان الدخول؛ إذ النكاح قائم مقام الماء حينئذ، كما في تزوج المشرقي بالمغربية.

قيل: التصور فيه شرط، ولهذا لو جاءت امرأة الصغير بولد؛ لا يثبت نسبه، وفي حق المشرقي الإمكان موجود، وكرامات الأولياء حق بأن يكون صاحب خطوة.

(فتأكد المهر به)؛ أي: بالوطء حكمًا، وهو أقوى من الخلوة.

قيل: لا يلزم الوطء من ذلك؛ فإنها تحبل وهي بكر ولا وطء، أو تحمل منيه بخرقة.

(وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ المُطَلَّقَةِ الرَّجعِيَّةِ إِذَا جَاءَت بِهِ لِسَنَتَينِ أَو أَكثَرَ مَا لَم تُقِرَّ بِانقِضَاءِ عِدَّتِهَا) لِاحتِمَالِ العُلُوقِ فِي حَالَةِ العِدَّةِ لِجَوَازِ أَنَّهَا تَكُونُ مُمتَدَّةَ الطُّهرِ (وَإِن جَاءَت بِهِ لِأَقَلَّ مِن سَنَتَينِ بَانَت مِن زَوجِهَا بِانقِضَاءِ العِدَّةِ وَثَبَتَ نَسَبُهُ) لِوُجُودِ العُلُوقِ فِي النِّكَاحِ أَو فِي العِدَّةِ، فَلَا يَصِيرُ مُرَاجِعًا لِأَنَّهُ يَحتَمِلُ العُلُوقَ قَبلَ الطَّلَاقِ وَيَحتَمِلُ بَعدَهُ فَلَا يَصِيرُ مُرَاجِعًا بِالشَّكِّ ....

أجيب عنه: بأن هذا خلاف الأصل، وكلامنا في الغالب لا النادر.

وفي هذه المسألة لا يتصور الحمل بخرقة؛ لأن ذلك نقل بعد النكاح. وعن أبي يوسف: عليه مهر ونصف مهر، أما النصف؛ فللطلاق قبل الدخول، وأما المهر؛ فبالدخول، وهو القياس.

وذكر التمرتاشي عن نصير: لو تزوجها في حال ما يطأها؛ عليه مهران: مهر بالزنا؛ لأنه سقط الحد حين تزوجها قبل تمامه، ومهر بالنكاح؛ لأن هذا أكثر من الخلوة.

وفي المنتقى: لا يصير به محصنًا.

وفي شرح أبي اليسر: لو قال: إن تزوجتها فهي طالق ثلاثا، فتزوجها ودخل بها؛ ينبغي أن لا يجب عليهما الحد ويجب المهر. وقالوا: يجب عليهما الحد. قال: قد كنت أفتيت بالوجوب على المخالف، وهو الظاهر من مذهب أصحابنا، من مال إليه لم يكن مخطئًا.

وفي جامع النسفي: لو جاءت بولد يرثه، وهو منصوص عن أصحابنا، وإن حرمت عليه بالثلاث فلم يبق نكاح ولا عدة، ولكن لما كان فصلًا مجتهدًا فيه لم ينقطع النسب.

قوله: (فَلَا يَصِيرُ مُرَاجِعًا بِالشَّكِّ).

فإن قيل: ينبغي أن يصير مراجعًا؛ لأن الوطء هنا حلال، فأحيل العلوق إلى أقرب الأوقات وهي حالة العدة؛ إذ الأصل في الحوادث أن يحال على أقرب الأوقات، فتثبت المراجعة.

قلنا: في ذلك حمل أمره على خلاف السنة؛ لأنه يصير مراجعًا بدون

(وَإِن جَاءَت بِهِ لِأَكثَرَ مِن سَنَتَينِ كَانَت رَجعيَّة) لِأَنَّ العُلُوقَ بَعدَ الطَّلَاقِ، وَالظَّاهِرُ: أَنَّهُ مِنهُ لِانتِفَاءِ الزِّنَا مِنهَا فَيَصِيرُ بِالوَطءِ مُرَاجِعًا.

(وَالمَبتُوتَةُ يَثبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا إِذَا جَاءَت بِهِ لِأَقَلَّ مِن سَنَتَينِ) لِأَنَّهُ يَحتَمِلُ أَن يَكُونَ الوَلَدُ قَائِمًا وَقتَ الطَّلَاقِ، فَلَا يَتَيَقَّنُ بِزَوَالِ الفِرَاشِ قَبلَ العُلُوقِ، فَيَثبُتُ

الإشهاد بالفعل، فأحيل العلوق إلى ما قبل الطلاق صيانة لحاله. كذا في مبسوط شيخ الإسلام.

والحوادث إنما تحال إلى أقرب الأوقات إذا لم تتضمن إبطال حكم فأبت، أو ترك العمل بالمقتضى؛ إذ الطلاق الرجعي يقضي البينونة عند انقضاء العدة، وهذا المقتضى يترك على تقدير الرجعة. كذا قيل.

وهذا كله إذا لم تقرّ بانقضاء العدة بعد الطلاق البائن أو الرجعي، أما لو أقرت بالانقضاء والمدة تصلح لثلاثة أقراء؛ عند أبي حنيفة ستون يومًا، وعندهما تسعة وثلاثون يومًا، فإن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار؛ يثبت النسب لتيقننا ببطلان الإقرار، وإن ولدت لستة أشهر أو أكثر لا يثبت.

وكذا المتوفى عنها زوجها لو أقرت بالانقضاء بعد أربعة أشهر وعشر؛ فهو على هذا التفصيل. وإن لم تقر يثبت النسب إلى سنتين؛ لأن عدة الوفاة محتملة الانقضاء بانقضاء أربعة أشهر وعشر وبوضع الحمل، وقد ذكرنا آية الحمل قاضية على الأشهر. كذا في الفوائد [٥٠٠/أ] الظهيرية.

قوله: (فيصير بالوطء مراجعًا).

فإن قيل: هاهنا وجه آخر من غير أن يلزم الزنا منها، بأن يحمل أمرها على التزوج بآخر بعد انقضاء العدة، فلو قلت والحال أنها لم تتزوج.

قلنا: والحال أنه لم يطأها في العدة؛ إذ لو وطئها يثبت الرجعة من غير تقدير هذا التكلف، فلما كان كذلك كان حمل أمرها على التزوج بآخر أولى؛ لما فيه من رعاية الأصل، وهو أن لا تثبت الرجعة بالشك.

قلنا: نعم كذلك، إلا أن الحكم ببقاء نكاح الأول أسهل من الحكم بإنشاء نكاح آخر، فيجب القول به. إليه أشير في مبسوط فخر الإسلام.

النَّسَبُ احتِيَاطا، (وَإِذا جَاءَت بِهِ لِتَمَامِ سَنَتَينِ مِن وَقتِ الفُرقَةِ لَم يَثبُت) لِأَنَّ الحَملَ حَادِثٌ بَعدَ الطَّلَاقِ، فَلَا يَكُونُ مِنهُ لِأَنَّ وَطأَهَا حَرَامٌ. (إِلَّا أَن يَدَّعِيَهُ) لِأَنَّهُ التَزَمَهُ، وَلَهُ وَجهٌ بِأَن وَطِئَهَا بِشُبهَةٍ فِي العِدَّةِ ....

قوله: (وإذا جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت) فقد ألحق تمام السنتين بأكثرهما، وهذه الرواية [مخالفة لرواية][1] الإيضاح وشرح الطحاوي وشرح الأقطع، وللرواية التي بعد هذا في الكتاب وهي قوله: **(ولكثر مدة الحمل وهو سنتان)**[2] ولفظ الحديث يؤكد صحة جواب تلك الرواية، كما يجيء بعد هذا.

قوله: (إلا أن يدعيه)؛ أي: فحينئذ يثبت النسب به. وهل يشترط فيه تصديق المرأة؟

ففيه روايتان: في رواية: يشترط. وفي رواية: لا. ذكره في شرح الطحاوي والبدائع.

(وله)؛ أي: لثبوت **(وجه)** وهو الوطء بالشبهة في العدة.

فإن قيل: هذه مناقضة لرواية كتاب الحدود، حيث قال: إن النسب لا يثبت بالوطء في العدة للمبتوتة.

قلنا: يمكن أن تحمل المبتوتة في كتاب الحدود [على المبتوتة][3] بثلاث أو على مال، لا المبتوتة بالكنايات، فحينئذ يندفع التناقض لمكان الاختلاف في وقوع البائن بالكنايات. كذا قال شيخي رحمه الله تعالى. ولهذا قيده صاحب الكتاب في الحدود بالطلاق البائن على مال.

وفي الينابيع: وإذا جاءت لأكثر من سنتين؛ لم يثبت نسبه، ويحكم بانقضاء عدتها قبل السنتين بستة أشهر عند أبي [حنيفة][4] ومحمد، وهو رواية بشر عن أبي يوسف. ذكره في المبسوط. حتى كان عليها أن تردّ بقية ستة أشهر. وقال أبو يوسف: تنقضي عدتها بالوضع، ولا يلزمها رد شيء.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية. (٢) انظر المتن ص ٥٨٧.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية. (٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

....

وجه قولهما: أن الولد حصل من غيره؛ إذ الظاهر أن يكون من نكاح صحيح، دون الزنا والوطء بالشبهة، وأقل مدة حمل الغير ستة أشهر، فحكمنا بانقضاء العدة من ذلك الوقت، فحينئذ أخذت ما لا تستحقه؛ لأنها ليست معتدة منه.

وأبو يوسف يقول: هي باقية في العدة، ولهذا لا تتزوج بغيره قبل وضعه فكأنها وطئت بشبهة.

والمبتوتة لو جاءت بولدين: أحدهما لأقل من سنتين، والآخر لأكثر من سنتين؛ يثبت نسبهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف، واعتبرا ذلك بمن باع جارية فجاءت بولدين: أحدهما لأقل من ستة أشهر، والآخر لأكثر، فادعاهما البائع؛ يثبت نسبهما وينقض البيع.

وعند محمد: لا يثبت؛ لأن الثاني من علوق حادث بعد الإبانة، فيتبعه الأول؛ لأنهما تؤمان.

قيل: هذا هو الصواب، وليس ولد الجارية نظيره؛ لأن الولد الثاني يجوز أن يكون حدث على ملك البائع قبل بيعه، بخلاف الولد الثاني في المبتوتة. كذا ذكره المرغيناني.

وفي الينابيع: لو خرج لأقل وانفصل الباقي لأكثر؛ لا يلزمه حتى يخرج نصف بدنه لأقل، أو يخرج من قبل الرجلين أكثر البدن لأقل، والباقي لأكثر. ذكره محمد.

وفي شرح التكملة: تزوج أمة ودخل بها ثم طلقها واحدة؛ يلزمه ولدها وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدًا، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر لا يلزمه؛ لأنه ولد النكاح في الأول، وفي الثاني يضاف إلى ملك اليمين، فلا يلزم إلا بالدعوى. ولو طلّقها ثنتين يثبت نسبها؛ لأن وطئها لا يحل بملك اليمين، فكان الولد من النكاح.

وفي المرغيناني: غاب عنها عشر سنين، وهي بكر أو ثيب فتزوجت بآخر،

(فَإِن كَانَت المَبتُوتَةُ صَغِيرَة يُجَامَعُ مِثلُهَا، فَجَاءَت بِوَلَد لِتِسعَةِ أَشهُر، لَم يَلزَمهُ حَتَّى تَأتِيَ بِهِ لِأَقَلَّ مِن تِسعَةِ أَشهُر عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَثبُتُ النَّسَبُ مِنهُ إِلَى سَنَتَينِ)(*) لِأَنَّهَا مُعتَدَّةٌ يَحتَمِلُ أَن تَكُونَ حَامِلًا، وَلَم تُقِرَّ بِانقِضَاءِ العِدَّةِ فَأَشبَهَت الكَبِيرَةَ. وَلَهُمَا: أَنَّ لِانقِضَاءِ عِدَّتِهَا جِهَة مُتَعَيِّنَة، وَهُوَ الأَشهُرُ، فَبِمُضِيِّهَا يَحكُمُ الشَّرعُ بِالِانقِضَاءِ، وَهُوَ فِي الدَّلَالَةِ فَوقَ إِقرَارِهَا، لِأَنَّهُ لَا يَحتَمِلُ الخِلَافَ، وَالإِقرَارُ يَحتَمِلُهُ، وَإِن كَانَت مُطَلَّقَة طَلَاقًا رَجعِيًّا فَكَذَلِكَ الجَوَابُ عِندَهُمَا، وَعِندَهُ: يَثبُتُ إِلَى سَبعَة وَعِشرِينَ شَهرًا، لِأَنَّهُ يُجعَلُ وَاطِئًا فِي آخِرِ العِدَّةِ وَهِيَ الثَّلَاثَةُ الأَشهُرُ، ثُمَّ تَأتِي لِأَكثَرَ مُدَّةِ الحَملِ وَهُوَ سَنَتَانِ، وَإِن كَانَت الصَّغِيرَةُ

فجاءت بأولاد؛ فهم للأول عند أبي حنيفة. وروى عبد الكريم عنه أنهم من الثاني كقول الجماعة، ولو كان الأول حاضرًا فهم من الأول، والمسألة معروفة.

قوله: (لتسعة أشهر)؛ أي: من وقت الطلاق وهي لم تقر بانقضاء العدة. أما لو أقرت بالانقضاء بثلاثة أشهر، ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار يثبت؛ لأن عرفنا بطلان الإقرار؛ إذ في بطنها ولد.

وقيل: **قوله: (يجامع مثلها)** مستدرك؛ لأن حملها دليل على أنه يجامع مثلها.

وأجيب: بأن الحمل لا يدل.

قوله: (جِهَةً مُتَعَيِّنَةً وَهُوَ الأَشْهُرُ). [٥٠٠/ب]

فإن قيل: يشكل عليه المتوفى عنها زوجها؛ فإن لعدتها جهة متعينة، وهي أربعة أشهر وعشر ما لم يكن الحبل فيه ظاهرًا، ثم هناك يثبت إلى سنتين عند علمائنا الثلاثة، ولا يحكم بالانقضاء بالأشهر هناك؛ لاحتمال الانقضاء بالوضع، فكذا هاهنا.

قلنا: لا يشكل؛ لأن لانقضاء عدتها جهة أخرى وهي الحبل؛ إذ الأصل في الكبيرة الإحبال، وهاهنا لا؛ إذ الأصل في الصغيرة عدم الإحبال، فلذا تعين الجهة في حق الصغيرة دون الكبيرة.

ولا يقال: الأصل في الكبيرة عدم الإحبال أيضًا؛ لأنا نقول ذلك في حق

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

ادَّعَت الحَبَلَ فِي العِدَّةِ، فَالجَوَابُ فِيهَا وَفِي الكَبِيرَةِ سَوَاءٌ، لِأَنَّ بِإِقرَارِهَا يُحكَمُ بِبُلُوغِهَا.

(وَيَثبُتُ نَسَبُ وَلَدِ المُتَوَفَّى عَنهَا زَوجُهَا مَا بَينَ الوَفَاةِ وَبَينَ السَّنَتَينِ) وَقَالَ زُفَرُ: إِذَا جَاءَت بِهِ بَعدَ انقِضَاءِ عِدَّةِ الوَفَاةِ لِسِتَّةِ أَشهُر لَا يَثبُتُ النَّسَبُ، لِأَنَّ الشَّرعَ حَكَمَ بِانقِضَاءِ عِدَّتِهَا بِالشُّهُورِ، لِتَعَيُّنِ الجِهَةِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّت بِالِانقِضَاءِ كَمَا بَيَّنَّا فِي الصَّغِيرَةِ إِلَّا أَنَّا نَقُولُ لِانقِضَاءِ عِدَّتِهَا جِهَةٌ أُخرَى وَهُوَ وَضعُ الحَملِ، بِخِلَافِ الصَّغِيرَةِ، لِأَنَّ الأَصلَ فِيهَا عَدَمُ الحَملِ لَيسَت بِمَحَلٍّ قَبلَ البُلُوغِ وَفِيهِ شَكٌّ.

(وَإِذَا اعتَرَفَت المُعتَدَّةُ بِانقِضَاءِ عِدَّتِهَا ثُمَّ جَاءَت بِالوَلَدِ لِأَقَلَّ مِن سِتَّةِ أَشهُر يَثبُتُ نَسَبُهُ) لِأَنَّهُ ظَهَرَ كَذِبُهَا بِيَقِين فَبَطَلَ الإِقرَارُ (وَإِن جَاءَت بِهِ لِسِتَّةِ أَشهُر لَم يَثبُت) لِأَنَّا لَم نعلَم بِبُطلَانِ الإِقرَارِ، لِاحتِمَالِ الحُدُوثِ بَعدَهُ، وَهَذَا اللَّفظُ بِإِطلَاقِهِ يَتَنَاوَلُ كُلَّ مُعتَدَّة. (وَإِذَا وَلَدَت المُعتَدَّةُ وَلَدًا لَم يَثبُت نَسَبُهُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلَّا أَن يَشهَدَ

غير المنكوحة، فأما النكاح لا ينعقد إلا للإحبال، فكان الأصل فيه الإحبال. كذا في المبسوط(١)، وكما يجيء بعد في الكتاب.

في **قوله: (بخلاف الصغيرة).**

(وفيه)؛ أي: في البلوغ **(شك)** فلا يعارض الأصل وهو عدم الإحبال.

قوله: (وهذا اللفظ)؛ أي: **قوله: (وإذا اعترفت المعتدة)** بإطلاقه يتناول كل معتدة.

قيل: ذكر المرغيناني وقاضي خان، أن الآيسة لو أقرت بانقضاء عدتهن، ثم جاءت بولد لأقل من سنتين؛ ثبت نسب ولدها، فلم يتناول كل معتدة، إلا أن يؤول كل معتدة غير الآيسة.

قوله: (وإذا ولدت المعتدة) إلى آخره: ذكر في المبسوط هذه المسألة بقيدين: أحدهما: أن تكون بائنًا أو ثلاثا. والثاني: أن ينكر الزوج الولادة، ولا حد ولا لعان على الزوج(٢).

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ٥١).

(٢) المبسوط للسَّرَخسِي (١٧/ ١٦٠).

بِوِلَادَتِهَا رَجُلَانِ أَو رَجُلٌ وَامرَأَتَانِ، إِلَّا أَن يَكُونَ هُنَاكَ حَبَلٌ ظَاهِرٌ، أَو اعتِرَافٌ مِن قِبَلِ الزَّوجِ، فَيَثبُتُ النَّسَبُ مِن غَيرِ شَهَادَة، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَثبُتُ فِي الجَمِيعِ بِشَهَادَةِ امرَأَة وَاحِدَة)(*) لِأَنَّ الفِرَاشَ قَائِمٌ بِقِيَامِ العِدَّةِ، وَهُوَ مُلزِمٌ لِلنَّسَبِ،

وفي جامع قاضي خان: حكم الرجعة كحكم البائن.

وعندهما: **(يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة)** مسلمة عدلة حرة، وبه قال أحمد.

وعند الشافعي: يشترط أربعة نسوة عدول. وعند مالك وابن أبي ليلى: يثبت بشهادة امرأتين.

وعند زفر: لا يثبت بشهادة النساء، فعندهما يشترط الحرية ولفظ الشهادة [ولا يشترط الذكورة والعدد. ذكره في المبسوط[1].

وفي المحيط: لا يشترط العدد كيلا يكثر النظر][2] إلى العورة.

قال مشايخ خراسان: يشترط لفظ الشهادة؛ لأنها موجبة حقًّا على غيره.

وعند مشايخ العراق لا يشترط قياسًا على العدد، وهل تقبل شهادة رجل؟

قيل: تقبل ولا يفسق، كما لو شهد رجلان أو رجل وامرأتان، ولا يكون حال الرجل دون حال المرأة.

وفي جامع قاضي خان: وعلى هذا الخلاف كل ما لا يطّلع عليه الرجال.

وأجمع أصحابنا على أنه يقضي بالنسب بشهادة القابلة عند قيام النكاح، واختلفوا بعد الموت والطلاق؛ فعند أبي حنيفة: لا يثبت، وعندهما: يثبت.

قوله: (لأن الفراش قائم) وتفسير الفراش: كونها متعينة لماء الزوج، حتى أن كل ولد يحدث منها يثبت نسبه، والمعتدة بهذه المثابة، والفراش ملزم، والحاجة إلى إثبات الولادة وتعيين الولد، [فيثبت][3] بشهادة القابلة كما في حال قيام النكاح، أو إقرار الزوج أو الحبل الظاهر.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ٤٩).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَالحَاجَةُ إِلَى تَعيينِ الوَلَدِ أَنَّهُ مِنهَا فَيَتَعَيَّنُ بِشَهَادَتِهَا كَمَا فِي حَالِ قِيَامِ النِّكَاحِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ العِدَّةَ تَنقَضِي بِإِقرَارِهَا بِوَضعِ الحَملِ، وَالمُنقَضِي لَيسَ بِحُجَّة فَمَسَّت الحَاجَةُ إِلَى إِثبَاتِ النَّسَبِ ابتِدَاء فَيُشتَرَطُ كَمَالُ الحُجَّةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ ظَهَرَ الحَبَلُ أَو صَدَرَ الِاعتِرَافُ مِن الزَّوجِ، لِأَنَّ النَّسَبَ ثَابِتٌ قَبلَ الوِلَادَةِ، وَالتَّعَيُّنَ يَثبُتُ بِشَهَادَتِهَا (فَإِن كَانَت

وإنما لا يثبت نسب المعتدة إذا جاءت به لأكثر من سنتين؛ لأن الفراش وإن كان قائمًا في العدة؛ لأن الماء انعدم حكمًا؛ لأنه لا يمكن تقدير الوطء؛ لما فيه من الشبهة إلى ارتكاب المُحَرَّم، ومع عدم الماء لا يثبت النسب، ولهذا لو جاءت امرأة الصبي به لا يثبت النسب لعدم الماء.

وذكر في كتاب الدعوى: إذا جاءت به لأكثر من سنتين فادعاه يثبت النسب؛ لأنا إنما لم نجعله واطئًا صيانة له عن الحرام، فإذا أقر على نفسه بالحرام، والفراش قائم يثبت النسب.

قال في النهاية: كذا وجدته بخط شيخي محالًا إلى القاضي الغني؛ لأن النسب ثابت قبل الولادة، وكذا في حال قيام الفراش يثبت قبل الولادة بسبب قائم وهو الفراش، وإنما الحاجة إلى تعيين الولادة.

ولا يقال: كيف تقبل شهادة الرجال هاهنا ولا يحل لهم النظر إلى العورة؛ لأنا نقول: أنهم لا يقولون: تعمدنا النظر، وإنما وقع ذلك اتفاقًا، أو دخلت المرأة بين يدي الشهود بيننا بعدما علموا أن ليس فيه غيرها، ثم خرجت مع الولد، مع أن عند الحاجة إلى تحمل الشهادة يباح النظر للرجال، كما في الشهادة على الزنا، والحاجة تتحقق إذا لم يكن هناك مؤيد. كذا في جامعي شمس الأئمة وقاضي خان.

ولأنه إذا أقر بالحبل ائتمنها في الولادة، مع علمه أنه لا يبقى في البطن، فقبل قولها في رد الأمانة، كالحيض والطهر ورد الوديعة، وثبوت النسب بعد زوال الفراش يحتاج إلى حجة، وقول القابلة حجة في الولادة ومالا ينفصل عن [٥٠١/أ] الولادة وهو تعيين الولد، وفيما يقبل الفصل لا يقبل قولها، كقوله: (إذا حضتُ فعبدي حرّ)، ووقوع الطلاق وثبوت النسب يقبل الفصل عن الولادة، فلا بد من الحجة، وذلك ما ذكرنا.

مُعتَدَّة عَن وَفَاة فَصَدَّقَهَا الوَرَثَةُ فِي الوِلَادَةِ وَلَم يَشهَد عَلَى الوِلَادَةِ أَحَدٌ، فَهُوَ ابنُهُ فِي قَولِهِم جَمِيعًا) وَهَذَا فِي حَقِّ الإِرثِ ظَاهِرٌ، لِأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّهِم فَيُقبَلُ فِيهِ تَصدِيقُهُم، أَمَّا فِي حَقِّ النَّسَبِ هَل يَثبُتُ فِي حَقِّ غَيرِهِم؟ قَالُوا: إِذَا كَانُوا مِن أَهلِ الشَّهَادَةِ يَثبُتُ لِقِيَامِ الحُجَّةِ، وَلِهَذَا قِيلَ: يُشتَرَطُ لَفظُ الشَّهَادَةِ، وَقِيلَ: لَا تُشتَرَطُ، لِأَنَّ الثُّبُوتَ فِي حَقِّ غَيرِهِم تَبَعٌ لِلثُّبُوتِ فِي حَقِّهِم بِإِقرَارِهِم، وَمَا ثَبَتَ تَبَعًا لَا يُرَاعَى فِيهِ الشَّرَائِطُ.

قوله: (فصدقها الورثة): ومعنى تصديق الورثة: أن يقرّوا به جميعًا، أو أقرَّ جماعة بقطع الحكم بشهادتهم، بأن كان رجلان منهم أو رجل وامرأتان منهم؛ وجب الحكم بإثبات النسب، حتى يشارك المصدقين والمنكر. كذا ذكره البزدوي، والتمرتاشي.

قال الإسْبِيجابي: هذا جواب الاستحسان. وفي القياس: لا يثبت؛ لأنهم يقرّون على الميت بالنسب فلا يقبل.

قال شمس الأئمة في تعليل المسألة: الورثة قائمون مقام الزوج. ولو قال الزوج: إنها ولدته يثبت النسب، فكذا بتصديق الورثة بعد موته، وهذا لأن ثبوت النسب باعتبار الفِراش، وذلك باق ببقاء العدة بعد موته، والحاجة إلى الشهادة؛ ليظهر له ولادتها وتعيين الولد، وقد حصل ذلك بتصديق الورثة، فلا يكون ذلك إقرارًا على الميت بالنسب؛ إذ ثبوت النسب ليس باعتبار تصديقه، ولا باعتبار تصديق الورثة؛ بل باعتبار الفراش، وهذا جواب عن وجه القياس.

وقوله: (إذا كانوا من أهل الشهادة) بأن كانوا ذكورًا وإناثًا وهم من أهل الشهادة عدول.

(قيل: يُشْتَرَطُ لَفْظُ الشَّهَادَةِ)؛ أي: في مجلس الحكم؛ لأن النسب لا يثبت في حق الناس كافة إلا بلفظ الشهادة **(وقيل: لا يشترط)** وهو الصحيح. وفي الكتاب إشارة إليه، حيث قال: (وصدقه الورثة).

(وما ثبت تبعا): وفي بعض [النسخ][1]: وما ثبت بناء لا يراعي فيه الشرط؛ بل يثبت بشرائط المتبوع لا بشرائط نفسه، كالعبد مع المولى، والجندي

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(وَإِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ امرَأَة فَجَاءَت بِوَلَد لِأَقَلَّ مِن سِتَّةِ أَشهُر مُنذُ يَوم تَزَوَّجَهَا، لَم يَثبُت نَسَبُهُ) لِأَنَّ العُلُوقَ سَابِقٌ عَلَى النِّكَاحِ فَلَا يَكُونُ مِنهُ (وَإِن جَاءَت بِهِ لِسِتَّةِ أَشهُر فَصَاعِدًا يَثبُتُ نَسَبُهُ مِنهُ اعتَرَفَ بِهِ الزَّوجُ أَو سَكَتَ) لِأَنَّ الفِرَاشَ قَائِمٌ وَالمُدَّةُ تَامَّةٌ (فَإِن جَحَدَ الوِلَادَةَ يَثبُتُ بِشَهَادَةِ امرَأَة وَاحِدَة تَشهَدُ بِالوِلَادَةِ حَتَّى لَو نَفَاهُ الزَّوجُ يُلَاعِنُ) لِأَنَّ النَّسَبَ يَثبُتُ بِالفِرَاشِ القَائِمِ، وَاللِّعَانُ إِنَّمَا يَجِبُ بِالقَذفِ، وَلَيسَ مِن ضَرُورَتِهِ وُجُودُ الوَلَدِ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ بِدُونِهِ (فَإِن وَلَدَت ثُمَّ اختَلَفَا فَقَالَ الزَّوجُ: تَزَوَّجتُكِ مُنذُ أَربَعَة أشهر، وَقَالَت هِيَ: مُنذُ سِتَّةِ أَشهُر، فَالقَولُ قَولُهَا وَهُوَ ابنُهُ) لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهَا ....

مع السلطان في حق الإقامة، ووقف المنقول تبعًا للعقار.

قوله: (اللعان إنما يجب) إلى آخره: جواب عما يقولان على أبي حنيفة استدلالًا بهذه المسألة: إن اللعان لا يثبت بشهادة القابلة، وهو بمنزلة الحد لما عرف، والحد لا يثبت بشهادة امرأة واحدة، فلأن النسب كان أولى.

فلم قلت في المسألة المتقدمة: أن لا يثبت النسب بشهادة امرأة واحدة؟

فأجاب عنه بقوله: وليس من ضرورة اللعان نفي الولد؛ بل اللعان يثبت بقذفها بالزنا بلا نفي الولد، ولكن وجب اللعان ههنا ضمنًا لنفي الولد الذي يثبت نسبه بالفِراش القائم.

وشهادة المرأة لتعيين الولد، لا أن يكون اللعان مضافًا إلى جهته، كما تثبت الرمضانية بشهادة الفرد، فلا يجوز إيجابها بشهادة الفرد، ثم أفطر متعمدًا بعد ذلك؛ وجبت الكفارة بالإفطار، والكفارة جارية مجرى الحد، فلا يجوز إيجابها بشهادة الفرد؛ لكن وجوبها باعتبار ثبوت الرمضانية لا باعتبار شهادة الفرد، فكذا ههنا وجوب اللعان واستحقاق الميراث باعتبار ثبوت النسب لا باعتبار شهادة القابلة قصدًا.

قوله: (لأن الظاهر شاهد لها) وهو أنها تلد من نكاح لا سفاح، وإن كان ظاهر آخر يشهد له، وهو أن الحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات وجودًا، والنكاح حادث.

ولأن العدم أصل في الأشياء؛ لأن النسب مما يحتاط في إثباته، فمتى يعارض الظاهر إن وجب إثباته؛ ألا ترى أن النسب يثبت لإيماء مع القدرة على

فَإِنَّهَا تَلِدُ ظَاهِرًا مِن نِكَاحٍ لَا مِن سِفَاحٍ، وَلَم يَذكُر الِاستِحلَافَ وَهُوَ عَلَى الِاختِلَافِ.

(وَإِن قَالَ لِامرَأَتِهِ: إِذَا وَلَدت) وَلَدًا (فَأَنتِ طَالِقٌ، فَشَهِدَت امرَأَةٌ عَلَى الوِلَادَةِ، لَم تَطلُق عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: تَطلُقُ)(*) لِأَنَّ شَهَادَتَهَا حُجَّةٌ فِي ذَلِكَ. قَالَ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «شَهَادَةُ النِّسَاءِ جَائِزَةٌ فِيمَا لَا يَستَطِيعُ الرِّجَالُ النَّظَرَ إِلَيهِ» وَلِأَنَّهَا لَمَّا قُبلت فِي الوِلَادَةِ تُقبَلُ فِيمَا يُبتَنَى عَلَيهَا وَهُوَ الطَّلَاقُ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهَا ادَّعَت الحِنثَ فَلَا يَثبُتُ إِلَّا بِحُجَّة تَامَّة، وَهَذَا لِأَنَّ شَهَادَتَهُنَّ ضَرُورِيَّةٌ فِي حَقِّ الوِلَادَةِ، فَلَا تَظهَرُ فِي حَقِّ الطَّلَاقِ، لِأَنَّهُ يَنفَكُّ عَنهَا (وَإِن كَانَ الزَّوجُ قَد أَقَرَّ بِالحَبَلِ

النطق، وسائر التصرفات لا تثبت، وظاهر حالها أيضًا يتأبد بظاهر حاله؛ وهو أنه لا يباشر النكاح بصفة الفساد، فإن نكاح الحبلى فاسد، وهل تحرم عليه بهذا الكلام؟ ينبغي أن لا تحرم.

فإن قيل: وجب أن تحرم؛ لأن هذا إقرار منه بتزوجه إياها وهي حبلى، وصار كما إذا ادعى تزوجها بغير شهود.

قلنا: الفرق أن النكاح بغير شهود فاسد لا محالة، ونكاح الحبلى ليس بفاسد لا محالة؛ لجواز أن تكون حبلى من الزنا. ولأن الشرع كذبه في إقراره؛ حيث أثبت النسب منه، والإقرار إذا كذبه الشرع يبطل. كذا في الفوائد الظهيرية.

(وهو) أن الاستحلاف (**على الاختلاف**)؛ أي: الاختلاف المذكور في الأشياء الستة.

(**يبتنى عليها**)؛ أي على الولادة لعدم حضور الرجال.

(**لأنه**)؛ أي: الطلاق (**ينفك عنها**)؛ يعني: يوجد بدونها، وكذا الولادة توجد بدون الطلاق، [وإن صار الطلاق][1] ههنا من لوازمها، كمن اشترى لحمًا فشهد مسلم أنه ذبيحة مجوسي؛ قبلت شهادته في حق حرمة الأكل، ولا يثبت تمجس الذابح في حق الرجوع[٥٠١/ب] على البائع بشهادة الواحد. كذا في

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

طَلُقَت مِن غَيرِ شَهَادَة عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِندَهُمَا تُشتَرَطُ شَهَادَةُ القَابِلَةِ(*) لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِن حُجَّة لَدَعوَاهَا الحِنثَ، وَشَهَادَتُهَا حُجَّةٌ فِيهِ عَلَى مَا بَيَّنَّا. وَلَهُ: أَنَّ الإِقرَارَ بِالحَبَلِ إِقرَارٌ بِمَا يُفضِي إِلَيهِ وَهُوَ الوِلَادَةُ، وَلِأَنَّهُ أَقَرَّ بِكَونِهَا مُؤتَمَنَةً فَيُقبَلُ قَولُهَا فِي رَدِّ الأَمَانَةِ. قَالَ: (وَأَكثَرُ مُدَّةِ الحَملِ سَنَتَانِ) ....

جامع قاضي [خان][١].

فإن قيل: يشكل عليه جريان اللعان بنفي نسب ولدها منه عند ثبوت الولادة بشهادة القابلة، ولو قبل اللعان بنفي الولد لا بشهادة القابلة؛ فإنا نقول: الطلاق ههنا بالولادة لا بشهادة القابلة.

قلنا: ثبت اللعان بالقذف بعد ثبوت النسب بالفراش القائم عند شهادة القابلة، وأما لو قلنا بالطلاق عند شهادة القابلة؛ كانت شهادة القابلة مثبتة حكمين معًا، من غير تراخ لأحدهما عن الآخر، وهما الولادة بوقوع الطلاق وشهادة القابلة. وإن كانت مقبولة في أحدهما وهو الولادة؛ لا يلزم أن تكون مقبولة في حق الآخر؛ لانعدام ما يوجب القبول فيه، وصار كما لو علق طلاقها وطلاق ضرتها بحيضها، فقالت: (حضت) فنقبل قولها في حقها لا في حق ضرتها، كذا ههنا.

قوله: (وعندهما: تشترط شهادة القابلة) وعلى هذا الخلاف: لو كان الحبل ظاهرًا ثم علق الطلاق بالولادة.

(على ما بينا)؛ أي: في المسألة الأولى.

قوله: (بكونها مؤتمنة)؛ لأنه علق طلاقها بأمر كائن وهو الولادة، فكانت كالحيض، فثبتت بِحرِّ المرأة كالحيض بل أولَى؛ لأن الولد الكائن في الخروج حيًّا أو ميتًا لا محالة. وأما الحيض فبناء على العادة. ولأن الإقرار بالولد إقرار بالولادة؛ لأن الولد لا يبقى في البطن أبدا. كذا ذكره الإمام الكاشاني.

قوله: (وأكثر مدة الحمل سنتان): اختلف العلماء، فقال أصحابنا: سنتان،

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

لِقَولِ عَائِشَةَ رضي الله عنها: «الوَلَدُ لَا يَبقى فِي البَطنِ أَكثَرَ مِن سَنَتَينِ وَلَو بِظِلِّ مِغزَل» ....

وبه قال أحمد في رواية، والثوري، والضحاك بن مزاحم، وهرم بن حيان.

وقال الشافعي، ومالك في المشهور، وأحمد في المشهور: أربع سنين.

وقال عبادة القواد: خمس سنين. وقال الزهري: ست سنين. وقال ربيعة بن عبد الرحمن: سبع سنين.

وروي عن الليث بن سعد عن ابن عجلان: أن امرأته وضعت رجلًا لأربع سنين، ووضعت في سبع سنين.

وروي أن رجلًا غاب عن امرأته، ثم قدم وهي حامل، فَهَمَّ عمر رضي الله عنه برجمها، فقال معاذ: أن يكن لك عليها سبيل، فلا سبيل لك على ما في بطنها، فتركها حتى ولدت، فأتت بولد يشبه أباه، فلما رآه الرجل قال: ولدي ورب الكعبة، فقال عمر رضي الله عنه: لولا معاذ لهلك عمر، وأثبت نسبه وولد لأكثر من سنتين.

وروي أن الضحاك ولدته أمه لأربع سنين بعد ما نبتت ثنيتاه وهو يضحك، فسمي الضحاك.

كان عبد العزيز الماجشون ولدته أمه لأربع سنين.

وروي أن الماجشونيات كن يلدن في أربع سنين. فإذا وجد ذلك ولو نادرًا؛ فلم يجز أن يقدر أكثرها بما دون ذلك.

ولنا: قول عائشة... إلى آخره.

(**وَلَوْ بِظِلِّ مِغْزَلٍ**)؛ أي: بقدر مكث ظله حال الدوران؛ لأن ظله حال الدوران أسرع زوالًا من سائر الظلال، والغرض بقليل المدة.

وفي بعض النسخ: ولو بفلكة مغزل، وهو رواية المبسوط والإيضاح، أي: بدور فلكة مغزل.

ولأن الأحكام تبنى على العادة الظاهرة، وبقاء الولد في البطن أكثر من السنتين في غاية الندورة، فلا يجوز بناء الحكم عليه، مع أنه لا أصل لما يحكى في هذا الباب، فإن الضحاك وعبد العزيز ما كانا يعرفان ذلك من أنفسهما،

(وَأَقَلُّهُ سِتَّةُ أَشهُر) لِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَٰلُهُ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] ثُمَّ قَالَ: ﴿وَفِصَٰلُهُ فِي عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤] فَبَقِيَ لِلحَملِ سِتَّةُ أَشهُر، وَالشَّافِعِيُّ يُقَدِّرُ الأَكثَرَ بِأَربَعِ سِنِينَ، وَالحُجَّةُ عَلَيهِ مَا رَوَينَاهُ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهَا قَالَتهُ سَمَاعًا إذ العَقلُ لَا يَهتَدِي

وكذلك غيرهما؛ لأن ما في الرحم لا يعلمه إلا الله.

ولا حجة له في حديث عمر؛ لأنه إنما أثبت النسب بالفراش القائم به الحال، أو بإقرار الزوج، وبه نقول.

وأما حديث امرأة عجلان؛ فقد ذكر الليث: أن امرأته وضعت ولدًا لسبع سنين، فكل جواب لكم على ما زاد على أربع سنين فهو جوابنا عما زاد على سنتين، وما حكوه من الحكايات لا يثبت، ولا يجوز إثبات الحكم الشرعي على الحكاية.

وفي السهيلي: ما حكوا من الماجشونيات بعيد؛ لأن الولادة قلَّ ما تختلف، ولأن ذلك لا يعرف من جهتهن، وقولهن ليس بحجة على غيرهن، خاصة في إثبات أصل من أصول الشرع.

قوله: (وأقله ستة أشهر): ولا خلاف لأحد من العلماء في أقل مدة الحمل؛ لقوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَٰلُهُ﴾ [الأحقاف: ١٥] الآية.

فإن قيل: هذا التمسك مخالف لما تمسكه في الرضاع، حيث جعل هناك ثلاثون شهرًا لكل واحد من الحمل والفصال، ثم أظهر النقص في حق الحمل، وههنا قال: بقي للحمل ستة أشهر.

قلنا: هذا تأويل خرجه ابن عباس. ذكره في المبسوط(١) فقال: روي أن رجلًا تزوج امرأة فولدت لستة أشهر، فهمَّ عثمان برجمها، فقال ابن عباس: لو خاصمتكم [٥٠٢/أ] بكتاب الله لخصمتكم، فإنه تعالى قال: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَٰلُهُ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] وقال: ﴿وَفِصَٰلُهُ فِي عَامَيْنِ﴾ لم يبق للحمل إلا ستة أشهر، فدرأ عنها عثمان. وهكذا ورد عن علي مع عمر، فهٰهنا تمسك بإقدام عثمان على الرجم أنها لا تكون أقل من ستة أشهر، وكذا بتأويل ابن عباس

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ٤٤).

إِلَيهِ. (وَمَن تَزَوَّجَ أَمَة فَطَلَّقَهَا ثُمَّ اشتَرَاهَا، فَإِن جَاءَت بِوَلَد لِأَقَلَّ مِن سِتَّةِ أَشهُر مُنذُ يَومِ اشتَرَاهَا لَزِمَهُ، وَإِلَّا لَم يَلزَمهُ) لِأَنَّهُ فِي الوَجهِ الأَوَّلِ: وَلَدُ المُعتَدَّةِ فَإِنَّ العُلُوقَ سَابِقٌ عَلَى الشِّرَاءِ، وَفِي الوَجهِ الثَّانِي: وَلَدُ المَملُوكَةِ، لِأَنَّهُ يُضَافُ الحَادِثُ إِلَى

وعلي، مع عدم مخالفة أحد من الصحابة، فلا يكون متناقضًا. كذا قيل.

ولأنه ثبت بالنص أن الولد ينفخ فيه الروح بعد أربعة أشهر كما ذكره، وبعد ما نفخ فيه الروح يتم خلقته بشهرين، فيتحقق انفصاله لستة أشهر مستوي الخلقة، وقد روي أن عبد الملك بن مروان ولد لستة أشهر.

قوله: (فَطَلَّقَهَا ثُمَّ اشْتَرَاهَا): يريد به طلقها بعد الدخول؛ إذ لو كان قبل الدخول لا يلزمه الولد إلا أن تجيء به لأقل من ستة أشهر منذ فارقها.

قوله: (في الوجه الأول) وهو ما إذا جاءت به لأقل من مدة ستة أشهر منذ فارقها.

(وفي الوجه الثاني) وهو ما إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر أو أكثر من وقت الشراء؛ لا يلزمه الولد إلا بالدعوة؛ لما قلنا: إن الحوادث ترد وتضاف إلى أقرب الأوقات، والعلوق حادث، فيضاف إلى[1] أقرب أوقاته، وفي أقرب أوقاته كانت مملوكة، فلا يلزمه الولد بلا دعوة.

وكذا لو أسلمت كتابية تحت مسلم، ثم جاءت بولد لأكثر من ستة أشهر، ولأقل من سنتين بعد الإسلام فنفاه؛ لاعن ويقطع نسب الولد، وإن احتمل علوقه قبل الإسلام، ولكن العلوق حادث، والأصل في الحوادث ما قلنا.

وكذا حر تحته أمة أعتقها مولاها، فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر، ولأقل من سنتين من وقت الإعتاق، فنفاه الزوج؛ لاعن وإن احتمل العلوق قبل الإعتاق.

فإن قيل: ما ذكرتم ينتقض بمسائل:

أحدها: ما لو قال لامرأتيه: أحدكما طالق ثلاثًا، ولم يبين حتى ولدت أحدهما لأكثر من ستة أشهر من وقت الإلحاق، ولأقل من سنتين منه؛ فالإلحاق

---

(١) في الأصل (وفي) وما أثبتناه من النسخة الثانية.

أَقرَبِ وَقتِهِ فَلَا بُدَّ مِن دَعوَة، وَهَذَا إذَا كَانَ الطَّلَاقُ وَاحِدًا بَائِنًا أَو خُلعًا أَو رَجعِيًّا، أَمَّا إذَا كَانَ اثنَتَينِ يَثبُتُ النَّسَبُ إلَى سَنَتَينِ مِن وَقتِ الطَّلَاقِ، لِأَنَّهَا حُرِّمَت عَلَيهِ حُرمَة غَلِيظَة فَلَا يُضَافُ العُلُوقُ إلَّا إلَى مَا قَبلَهُ، لِأَنَّهَا لَا تَحِلُّ بِالشِّرَاءِ.

على إبهامه، ولا يتعين ضرتها للطلاق. ذكره في الزيادات.

وثانيها: ما لو قال: إذا حبلت فأنت طالق، فولدت لأقل من سنتين من وقت التعليق؛ لا يقع الطلاق، فكذا لو كان هذا في تعليق للعتاق بالحبل.

وثالثها: المطلقة الرجعية إذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت الطلاق؛ لا يصير مراجعًا، لو كانت الحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات لثبتت هذه الأحكام، أعني: البيان والطلاق والرجعة.

قلنا: الحوادث إنما تضاف إلى أقرب الأوقات إذا لم تتضمن إبطال ما كان ثابتًا بالدليل، أو ترك العمل المقتضى، أما إذا تضمن فلا، ومتى عولت على ما قلنا، ثم استقرأتَ ما ذكرنا من المسائل؛ وجدت الأمر على ما عولنا عليه. كذا في الفوائد الظهيرية.

(فلا يضاف العلوق إلا إلى ما قبله)؛ أي: ما قبل الطلاق حمل أمر المسلم على الصلاح؛ إذ الوطء لا يحل له بعد الشراء؛ لأنها حرمت عليه حرمة غليظة بالسنتين، وإذا لم يحل وطئها بملك اليمين لا يفضي بالعلوق من أقرب الأوقات؛ إذ في القضاء بالعلوق إلى أقرب الأوقات يلزم حمل أمر المسلم على الحرام، وهو التمكن منها للوطء الحرام، ووطء الحرام من المولى.

فإن قيل: وجب أن يحل [بقوله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ﴾.

قلنا: لا يحل][1] لقوله تعالى ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ [البقرة:٢٣٠]. والثانية في الأمة كالثالثة في الحرمة، والمحرم أولى. روي عن [ابن][2] عمر رضي الله عنه "أنا ندع تسعة أعشار الحلال مخافة الوقوع في الحرام". كذا ذكره قاضي خان والكشاني والمرغيناني.

وإذا لم يحل وطئها فلا تضاف إلى أقرب الأوقات؛ بل تضاف إلى الأبعد،

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(وَمَن قَالَ لِأَمَتِهِ: إن كَانَ فِي بَطنِك وَلَدٌ فَهُوَ مِنِّي، فَشَهِدَت عَلَى الوِلَادَةِ امرَأَةٌ فَهِيَ أُمُّ وَلَدِهِ) لِأَنَّ الحَاجَةَ إلَى تَعيِينِ الوَلَدِ، وَيَثبُتُ ذَلِك بِشَهَادَةِ القَابِلَةِ بِالإِجمَاعِ.

(وَمَن قَالَ لِغُلَام: هُوَ ابنِي، ثُمَّ مَاتَ، فَجَاءَت أُمُّ الغُلَامِ وَقَالَت: أَنَا امرَأَتُهُ، فَهِيَ امرَأَتُهُ وَهُوَ ابنُهُ يَرِثَانِهِ) وَفِي «النَّوَادِرِ»: جُعِلَ هَذَا جَوَابُ الِاستِحسَانِ، وَالقِيَاسُ: أَن لَا يَكُونَ لَهَا المِيرَاثُ، لِأَنَّ النَّسَبَ كَمَا يَثبُتُ بِالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ يَثبُتُ بِالنِّكَاحِ الفَاسِدِ وَبِالوَطءِ عَن شُبهَة وَبِمِلكِ اليَمِينِ، فَلَم يَكُن قَولُهُ إقرَارًا بِالنِّكَاحِ.

وهو ما قبل الطلاق، فيلزمه الولد إذا جاءت به لأقل من سنتين منذ الطلاق.

قوله: (فهي أم ولده)؛ أي بالإجماع؛ لأن سبب وجود النسب قد وجد، وهو الدعوة والحاجة إلى تعيين الولد وإثبات الولادة، وشهادة القابلة حجة في ذلك **(بالإجماع)**؛ أي: باتفاق أصحابنا، وهو قول أحمد، وقد مرَّ الخلاف فيه.

هذا إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار، ولو ولدته لستة أشهر أو أكثر لا يلزمه؛ لاحتمال أنها حبلت بعد مقابلة المولى، فلم يكن المولى مدعيًا هذا الولد، بخلاف الأول؛ لتيقننا بقيامه في البطن [بعد][1] القول، فتيقنا بالدعوى. كذا في جامع قاضي خان.

قوله: (يَرِثَانِهِ) إلى آخره.

فإن قيل: ثبت النكاح ههنا بطريق الاقتضاء، فيثبت بقدر الضرورة، وهو يصحح النسب دون الإرث.

قلنا: النكاح غير متبوع من نكاح هو سبب [٥٠٢/ب] استحقاق الإرث، ونكاح هو ليس بسبب له في الأصل، فإذا ثبت ما هو من لوازمه التي لا ينفك عنها شرعًا، بخلاف نكاح الأمة والكتابية؛ لأنه من العوارض لا من الأصول، فلا يُرَ نقضًا. كذا قيل.

قوله: (أن لا يكون لها ميراث): وذكر التمرتاشي: ولكن لها مثل مهر المثل؛ لأنهم أقرّوا بالدخول بها، ولم يثبت كونها أم ولد بقولهم.

---

(١) كذا بالأصل، وفي النسخة الثانية والثالثة: (وقت).

وَجهُ الِاستِحسَانِ: أَنَّ المَسأَلَةَ فِيمَا إِذَا كَانَت مَعرُوفَة بِالحُرِّيَّةِ وَبِكَونِهَا أُمَّ الغُلَامِ وَالنِّكَاحُ الصَّحِيحُ هُوَ المُتَعَيِّنُ لِذَلِكَ وَضعًا وَعَادَة (وَلَو لَم يُعلَمْ بِأَنَّهَا حُرَّةٌ فَقَالَت الوَرَثَةُ: أَنتِ أُمُّ وَلَد له، فَلَا مِيرَاثَ لَهَا) لِأَنَّ ظُهُورَ الحُرِّيَّةِ بِاعتِبَارِ الدَّارِ حُجَّةٌ فِي دَفعِ الرِّقِّ، لَا فِي استِحقَاقِ المِيرَاثِ، وَاَللَّهُ أَعلَمُ.

بابُ مَن أحقُّ بالوَلَد؟

(وَإِذَا وَقَعَت الفُرقَةُ بَينَ الزَّوجَينِ فَالأُمُّ أَحَقُّ بِالوَلَدِ) لِمَا رُوِيَ «أَنَّ امرَأَة قَالَت: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ ابنِي هَذَا كَانَ بَطنِي لَهُ وِعَاء وَحِجرِي لَهُ حِوَاء وَثَديِي لَهُ سِقَاء، وَزَعَمَ أَبُوهُ أَنَّهُ يَنزِعُهُ مِنِّي، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: أَنتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَم

(**لا في استحقاق الميراث**): [والحاجة هاهنا إلى استحقاق الإرث][1] فلا يقضَى به، كالمفقود يجعل حيًّا في ماله، حتى يدفع إرث غيره منه، ولم يجعل حيًّا بالنسبة إلى غيره، حتى لا يرث من أحد.

باب من أحق بالولد؟

لما ذكر ثبوت النسب من المنكوحات والمعتدات؛ احتاج إلى ذكر من يكون الولد عنده بعد الفرقة.

ثم الصغير لما عجز عن النظر لنفسه والقيام بحوائجه؛ جعل الشرع الولاية إلى من هو مشفق عليه، فجعل ولاية التصرف إلى الأب؛ لقوة رأيه مع الشفقة، وحق الحضانة إلى الأم؛ لرفقها في ذلك مع الشفقة عليه، وهي أقدر على ذلك للزومها البيت، وكونها أشفق؛ لأنه جزؤها حقيقة، ولهذا يقرض بالمقراض.

قوله: (فالأم أحق بالولد) بإجماع أهل العلم، سواء كانت كتابية أو مجوسية؛ لأن الشفقة لا تختلف باختلاف الدين.

(**لما روي أن امرأة**): في المبسوط[2]: الأصل: حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأة... الحديث. رواه أبو داود، وابن حنبل.

قيل: هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص، فإن

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٥/ ٢٠٧).

تَتَزَوَّجِي»، وَلِأَنَّ الأُمَّ أَشفَقُ وَأَقدَرُ عَلَى الحَضَانَةِ، فَكَانَ الدَّفعُ إِلَيهَا أَنظَرَ، وَإِلَيهِ أَشَارَ الصِّدِّيقُ بِقَولِهِ: رِيقُهَا خَيرٌ لَهُ مِن شَهدٍ وَعَسَل عِندَكَ يَا عُمَرُ، قَالَهُ حِينَ وَقَعَت الفُرقَةُ بَينَهُ وَبَينَ امرَأَتِهِ وَالصَّحَابَةُ حَاضِرُونَ مُتَوَافِرُونَ (وَالنَّفَقَةُ عَلَى الأَبِ) عَلَى مَا نَذكُرُ (وَلَا تُجبَرُ الأُمُّ عَلَيهِ) لِأَنَّهَا عَسَت تَعجَزُ عَنِ الحَضَانَةِ ....

أراد بجده محمد كان الحديث مرسلًا، وإن أراد به عبد الله كان متصلًا، فإذا أُطلق احتمل الإرسال والاتصال، وعمرو بن شعيب ومحمد ثقات، وإن كان مرسلًا فهو صحيح، وهاهنا نص على جده عبد الله فكان متصلًا.

والحِواء - بالكسر -: بيت من الوبر، والجمع: الأحوية. كذا في الصحاح[1].

قوله: (وإليه أشار الصِّدِّيقُ)؛ أي: حين خاصم عمر أم عاصم - اسمها جميلة - حين طلقها لينزع العاصم منها، قال له أبو بكر: "ريقها خير له من شهد، - وفي المبسوط وغيره: ريحها[2]. وفي رواية: ريح لفاعها، وهو ثوب تشتمل به المرأة - خير له من سمن وعسل عندك يا عمر، فدعه عندها"، فقضى به بحضرة الصحابة، ولم ينكر عليه أحد، فحلَّ محلَّ الإجماع.

والشهد - بفتح الشين وضمها - في قضاء أبي بكر: عسل النحل في شمعه.

(ولأن الأم أشفق وأقدر على الحضانة) كما بينا، فكانت هي أولى.

(والنفقة على الأب) إذا لم يكن للصغير مال (على ما نذكر)؛ أي: في النفقات.

قوله: (وَلَا تُجبَرُ الأُمُّ عَلَيْهِ)؛ أي: على أخذ الولد، إذا طلبت فهي أحق، وإن أبت لا تجبر على الحضانة، وبه قال الشافعي ومالك في رواية وأحمد والثوري.

وقال مالك في رواية وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وأبو ثور: تجبر، واختاره أبو الليث والهندواني من أصحابنا؛ لأن ذلك حق الولد بقوله تعالى:

---

(١) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري (٦/ ٢٣٢٢).
(٢) المبسوط للسَّرَخسِي (٥/ ٢٠٧).

(فَإِن لَم تَكُن لَهُ أُمٌّ، فَأُمُّ الأُمِّ أَولَى مِن أُمِّ الأَبِ وَإِن بَعُدَت) لِأَنَّ هَذِهِ الوِلَايَةَ تُستَفَادُ مِن قِبَلِ الأُمَّهَاتِ ....

﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣] والمراد به الأمر، وهو للوجوب.

والمشهور عن مالك: لا تجبر في الشريعة التي لا عادة لها بإرضاع الولد، وإن كانت ممن تُرضِع تُجبَر، فإن لم يوجد غيرها أو لم يأخذ الولد ثدي غيرها؛ أجبرت بلا خلاف.

ويجبر الأب على أخذ الولد بعد استغنائه عن الأم؛ لأن نفقته وصيانته عليه بالإجماع.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ﴾ [الطلاق:٦] وإذا اختلفا فقد تعاسرا، ولأنها عسى تعجز فلا يصح الإلزام.

ولأن الإلزام [إما][(١)] أن يكون لِحَقِّ الزوج أو لِحَقِّها، فلا وجه إلى الأول؛ فإنه لا يملك إجبارها على إرضاع ولده من غيرها، ولا على إجبارها على خدمته. ولا يجوز أن يكون لِحَقِّ الولد؛ لأنه لو كان كذلك لما سقط بعد الفرقة، ولا وجب عليه كلفة الحضانة. ولا يجوز أن يكون لهما؛ لأن ما لا يناسب للإيجاب عند الانفراد لا يؤثر عند الانضمام.

والآية محمولة على حالة الإنفاق وعدم التعاسر. أو لأن الأمر للاستحباب، يقال: حضنت المرأة ولدها؛ إذا ربته في حضنها، أي: جنبها حضانة.

قوله: (فإن لم تكن له أم) بأن كانت غير أهل الحضانة، أو متزوجة بغير محرم، أو ميتة **(فأم الأم أولى)** في الحضانة **(من أم الأب وإن بعدت)**؛ أي: وإن علت عند الجمهور.

وعن أحمد: أم الأب أولى. وهو ضعيف؛ لأن أم الأم تدلي بالأم، وهي مقدمة على الكل في الحضانة.

(لأن هذه الولاية)؛ أي: ولاية الحضانة **(تستفاد)**؛ أي: حق ثابت للأمهات، فما دامت واحدة منهن من جانب الأم قائمة؛ فهي أحق.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

(فَإِن لَم تَكُن أَمَّ الأُمِّ، فَأُمُّ الأَبِ أَولَى مِن الأَخَوَاتِ) لِأَنَّهَا مِن الأُمَّهَاتِ، وَلِهَذَا: تَحَرَّزَ مِيرَاثُهُنَّ السُّدُسُ، وَلِأَنَّهَا أَوفَرُ شَفَقَة لِلوِلَادِ (فَإِن لَم تَكُن لَهُ جَدَّةٌ فَالأَخَوَاتُ أَولَى مِن العَمَّاتِ وَالخَالَاتِ) لِأَنَّهُنَّ بَنَاتُ الأَبَوَينِ، وَلِهَذَا قُدِّمنَ فِي المِيرَاثِ. وَفِي رِوَايَة: الخَالَةُ أَولَى مِن الأُختِ لِأَب ....

قوله: (فإن لم تكن)؛ أي: أمُّ الأمِّ **(فأمُّ [٥٠٣/أ] الأبِ أولى من الأخوات)** وإن علت.

وعند زفر: الأخت من الأب أو الأم أو الخالة أولى من أم الأب؛ لأن استحقاق الحضانة باعتبار قرابة الأم.

وقلنا: هذه أم في نفسها كأم الأم، والأم مقدمة على غيرها في الحضانة.

(ولهذا تحرز ميراثهن السدس): وأصل الشفقة باعتبار الولاد، وذلك للجدات دون الأخوات والخالات لكانت أوفر شفقة.

وعن مالك: الخالة مقدمة على الجدة لأب؛ لما روي عن البراء بن عازب أن عليًّا وجعفر الطيار وزيد بن حارثة تخاصموا في بنت حمزة، فقال علي: أنا أحق بها وهي ابنة عمي، وقال زيد: بنت أخي، وقال جعفر: بنت عمي وخالتها عندي، فقضاها رسول الله ﷺ لخالتها، وقال: «**الخالة بمنزلة الأم**»[(١)] متفق عليه، ويروى: «**الخالة أم**».

ولنا: أن الجدة أم الأب صاحبة فرض وارثة كالأم، وليست الخالة كذلك؛ فإنها من ذوي الأرحام، والحديث يدل على أنها لها في الجملة ولا نزاع فيه، وإنما النزاع في تقديمها على أم الأب، والحديث لا يدل عليه، ولأولاد الخالة ولا وراثة، وللورَاثة والولاد لهما يرضخ في الحضانة، ومالك أول من ترك هذا الحديث؛ لأنها لو كانت بمنزلة الأم في الجملة ينبغي أن تكون وارثة في الجملة، ولا نقول به، وإنما قال زيد بن حارثة: هي بنت أخي؛ لأنه عليه السلام آخى بينه وبين حمزة. وبقولنا قال الشافعي وأحمد.

قوله: (وفي رواية: الخالة أولى من الأخت لأب): ذكر في كتاب الطلاق:

---

(١) سبق تخريجه.

لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الخَالَةُ وَالِدَةٌ» وَقِيلَ فِي قَوله تَعَالَى: ﴿وَرَفَعَ أَبَوَيْهِ عَلَى ٱلْعَرْشِ﴾ [يوسف: ١٠٠] إِنَّهَا كَانَت خَالَتَهُ (وَتُقَدَّمُ الأُختُ لِأَب وَأُمٍّ) لِأَنَّهَا أَشفَقُ (ثُمَّ الأُختُ مِن الأُمِّ ثُمَّ الأُختُ مِن الأَبِ) لِأَنَّ الحَقَّ لَهُنَّ مِن قِبَلِ الأُمِّ (ثُمَّ الخَالَاتُ

والخالة أولى من الأخت لأب؛ اعتبارًا بالمدلي، فإن الخالة تدلي بالأم، والأم مقدمة في الحضانة على الأب، فكذا من تدلي.

وفي كتاب النكاح: ثم بعد الأخت لأم الأخت لأخت أولى من الخالة؛ اعتبارًا بقرب القرابة، والأخت أقرب؛ لأنها ولد الأب، والخالة ولد الجد. ثم على رواية كتاب النكاح: يدفع بعد الأخت لأب إلى بنت الأخ لأب وأم، ثم إلى الخالة لأم، ثم إلى الخالة لأب، ثم إلى العمة لأب وأم، ثم لأم ثم لأب، ثم إلى خالة الأم لأب وأم، ثم لأم ثم لأب، ثم العمات على هذا الترتيب، وبنات الأخت أولى من بنات الأخ؛ لأن بنت الأخت تدلي إلى من له حق الحضانة.

وأما بنات الأعمام والعمات والأخوال والخالات فبمعزل عن حق الحضانة؛ لأن قرابتهن لم تتأكد بالمحرمية. كذا في المحيط.

وفي البدائع: لا حق للرجال من قبل الأم في الحضانة، ولا يُسلَّم إليهن إلا بطلبهن، بخلاف الأب عند استغناء الصغير يجبر على القبول.

وفي المنصوري: ابن العم أولى بالذكر، والخال أولى بالأنثى، وكل ذكر من قبل الأم [لا حق له في الولد مع العصبية، إلا الخال مع ابن العم، فينظر في النساء من كان من قبل الأم][(١)] وفي الرجال من كان من قبل الأب، ويدفع الصغير إلى مولى العتاقة لا الصغيرة.

قوله: (ثم الأخت من الأم ثم الأخت من الأب): وبه قال المزني وابن سريج من الشافعية.

وقال الشافعي: في الأصح تقدم الأخت لأب على الأخت لأم، وبه قال أحمد، واعتبراه بقوة الميراث.

وقلنا: الاعتبار للإدلاء إلى من له حق الحضانة، واعتباره بقوة الإرث

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

أَولَى مِن العَمَّاتِ) تَرجِيحًا لِقَرَابَةِ الأُمِّ (وَيَنزِلنَ كَمَا نَزَّلنَا الأَخَوَاتُ) مَعنَاهُ: تَرجِيحُ ذَاتِ قَرَابَتَينِ ثُمَّ قَرَابَةِ الأُمِّ (ثُمَّ العَمَّاتُ يَنزِلنَ كَذَلِكَ، وَكُلُّ مَن تَزَوَّجَت مِن هَؤُلَاءِ يَسقُطُ حَقُّهَا) لِمَا رَوَينَا، وَلِأَنَّ زَوجَ الأُمِّ إِذَا كَانَ أَجنَبِيًّا يُعطِيهِ نَزرًا وَيَنظُرُ إِلَيهِ شَزرًا فَلَا نَظَرَ. قَالَ: (إِلَّا الجَدَّةَ إِذَا كَانَ زَوجُهَا الجَدَّ) لِأَنَّهُ قَامَ مَقَامَ أَبِيهِ فَيُنظَرُ لَهُ (وَكَذَلِكَ

فاسد، فإن الأم تأخذ السدس مع الأختين، وهما يأخذان الثلثان إذا كانتا لأبوين أو لأب، والحضانة للأم، وأم الأم تأخذ السدس، والأخت تأخذ النصف، والحضانة لأم الأم دون الأخت، وأمهات جد الأب يُقدَّمْنَ على الأخوات ولا ميراث لهن، والحضانة تثبت للعمات ولا ميراث لهن، والخالة من الأم تقدم على الخالة من الأب عندنا، وعند الشافعي وأحمد على العكس.

وكذا خالة الأم وهي أخت أم الأم على خالة الأب، وهي أخت أم الأب عندنا، خلافًا لهم.

وقال أحمد: لو عدمت الأم وأمهاتها؛ فالحضانة للأب ثم لأمهاته، ثم للجد ثم لأمهات الجد، ثم لجد الأب ثم لأمهاته، ولا ينتقل إلى الأخوات إلا إذا انقرض الآباء والأمهات وإن علَوا.

وقال زفر: الأخت لأب والأخت لأم يستويا في الحضانة؛ لأن الحق لقرابة الأم.

وقلنا: ذو قرابتين أشفق، ويجوز أن يقع الترجيح بما ليس بعلة الاستحقاق، كما في العقوبة. ذكره في المبسوط وجامع قاضي خان.

وقوله: (لما روينا)؛ وهو قوله عليه السلام: «**ما لم تتزوجي**»[1] وفيه خلاف الحسن البصري.

قال ابن المنذر: أجمع على هذا أهل العلم إلا الحسن، وهو رواية عن أحمد، واحتجا بحديث بنت حمزة، فإنه عليه السلام دفعها إلى خالتها وكانت متزوجة بغير محرم منها، فإذا لم يمنع الاستحقاق [٥٠٣/ب] ابتداء، فالأولى أن لا يمنعه بقاء.

---

(١) سبق تخريجه.

كُلُّ زَوجٍ هُوَ ذُو رَحِمٍ مَحرَمٍ مِنهُ) لِقِيَامِ الشَّفَقَةِ نَظَرا إِلَى القَرَابَةِ القَرِيبَةِ (وَمَن سَقَطَ حَقُّهَا بِالتَّزَوُّجِ يَعُودُ إِذَا ارتَفَعَت الزَّوجِيَّةُ) لِأَنَّ المَانِعَ قَد زَالَ.

(فَإِن لَم تَكُن لِلصَّبِيِّ امرَأَةٌ مِن أَهلِهِ فَاختَصَمَ فِيهِ الرِّجَالُ فَأَولَاهُم أَقرَبُهُم تَعصِيبًا) لِأَنَّ الوِلَايَةَ لِلأَقرَبِ، وَقَد عُرِفَ التَّرتِيبُ فِي مَوضِعِهِ، غَيرَ أَنَّ الصَّغِيرَةَ لَا تُدفَعُ إِلَى عَصَبَةٍ غَيرِ مَحرَمٍ، كَمَولَى العَتَاقَةِ وَابنِ العَمِّ تَحَرُّزًا عَن الفِتنَةِ.

وللجمهور: ما روينا بقوله عليه السلام: «**ما لم تتزوجي**»، وفي رواية: «**حتى تنكحي**»، قالوا: وكان جعفر من أهل الحضانة.

يقال: شيء نذر؛ أي: قليل، ويقال: نظر إليه شزرًا، وهو نظر المبغض. كذا في الديوان.

وقوله: (**هو**)؛ أي: الزوج (**ذو رحم محرم منه**)؛ أي: من الصغير، كعم الولد إذا تزوج أم الولد، وإنما نزع من يدها إذا تزوجت بغير محرم، وإذا ارتدَّت أو خيف على الصبي؛ لأن المانع قد زال والسبب قائم يعود الحق، كالصغر والجنون والفسق والرق على قول من جعله مانعًا، وكالناشزة تسقط نفقتها بالنشوز، فإذا زال النشوز عادت نفقتها.

وبقولنا: قال الشافعي وأحمد ومالك في رواية. وفي رواية عن مالك: لا تعود.

والرجعيُّ مانع حتى تنقضي عدتها عندنا؛ لأنها زوجة، وبه قال المزني.

وقال غيره من الشافعية: تعود بالطلاق الرجعي. قالوا: لا قسم لها ولا شغل عليها يمنعها من تربية الصغير؛ لكن هذا يبطل بالنكاح قبل الدخول، فإن الزوجة لا قسم لها ولا شغل عليها للزوج، وهو مزيل للحضانة. كذا قيل، وفيه بُعدٌ.

قوله: ولو ادعى الزوج أن الأم تزوجت بآخر وأنكرت؛ فالقول لها. ولو أقرت بالزوج ولكن ادعت طلاقه وعود حقها؛ فإن لم تُعَيِّن الزوج فالقول لها، وإن عَيَّنت؛ لا يقبل قولها في دعوى الطلاق حتى يُقِرَّ به الزوج.

وقوله: (**وقد عرف التَّرتيب في موضعه**)؛ أي: في الفرائض.

(وَالأُمُّ وَالجَدَّةُ أَحَقُّ بِالغُلَامِ حَتَّى يَأْكُلَ وَحدَهُ وَيَشرَبَ وَحدَهُ وَيَلبَسَ وَحدَهُ وَيَستَنجِيَ وَحدَهُ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: حَتَّى يَستَغنِيَ فَيَأْكُلَ وَحدَهُ وَيَشرَبَ وَحدَهُ وَيَلبَسَ وَحدَهُ) وَالمَعنَى وَاحِدٌ، لِأَنَّ تَمَامَ الِاستِغنَاءِ بِالقُدرَةِ عَلَى الِاستِنجَاءِ. وَوَجهُهُ:

وأولى العصبات الأب، ثم الجد وإن علا، ثم الأخ لأب وأم، ثم ابن الأخ لأب وأم، ثم لأب وإن سفلوا، ثم العم لأب وأم، ثم لأب وإن سفلوا.

ولا تدفع الصغيرة إليهم؛ لأنهم غير محارم فيؤدي إلى الفتنة؛ بل تدفع إلى الخال، وهذا في رواية عن محمد.

وذكر التمرتاشي: ولو لم يكن واحد من العصبة تدفع إلى أخ الأم عند أبي حنيفة، ثم إلى ذي الأرحام، الأقرب فالأقرب.

وقال محمد: لا حق لذكر من قبل النساء، والتَدَيُّن للقاضي يدفع إلى ثقة يحضنه حتى يستغني. وعنه: أنهم ثبت لهم الحق، ولا حق لغير المحرم في حضانة الجارية، ولا للأم التي ليست بمأمونة، ولا للعصبة الفاسق على الصغير.

وفي المبسوط: لو اجتمعت الأخوة والأخوات أو الأعمام في درجة واحدة؛ فأكثرهم صلاحًا وورعًا أولى ليتخلق بأخلاقه، وإن استووا في ذلك فأكبرهم سنًّا أولى؛ لقوله عليه السلام: «**الكُبْرَ الكُبْرَ**»(١)، ولأن حق أكبرهم أكثر ثبوتًا، فعند التعارض تترجح بذلك(٢).

قوله: (وفي الجامع الصّغير: حتى يستغني) إلى آخره: لم يذكر فيه الاستنجاء أيضًا، وقد يقدر على الأكل والشرب ولا يهتدي إلى الاستنجاء، ومنهم من جعل ذلك تفسيرا للاستغناء، وإليه أشار صاحب الكتاب **بقوله: (والمعنى واحد)**.

ثم تكلموا في المراد من الاستنجاء:

قيل: هو تمام الطهارة، وهو أن يتطهر بالماء بلا مُعِين، وتعلم للطهارة.

---

(١) أخرجه البخاري (٩/ ٩ برقم ٦٨٩٨)، ومسلم (٣/ ١٢٩١ برقم ١٦٦٩) من حديث سَهْلُ بْنُ أَبِي حَثْمَةَ ﵄.

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٥/ ٢١٢).

أَنَّهُ إِذَا استَغنَى يَحتَاجُ إِلَى التَّأَدُّبِ وَالتَّخَلُّقِ بِآدَابِ الرِّجَالِ وَأَخلَاقِهِم، وَالأَبُ أَقدَرُ عَلَى التَّأدِيبِ وَالتَّثقِيفِ، وَالخَصَّافُ قَدَّرَ الِاستِغنَاءَ بِسَبعِ سِنِينَ اعتِبَارًا لِلغَالِبِ (وَالأُمُّ وَالجَدَّةُ أَحَقُّ بِالجَارِيَةِ حَتَّى تَحِيضَ) لِأَنَّ بَعدَ الِاستِغنَاءِ تَحتَاجُ إِلَى مَعرِفَةِ آدَابِ النِّسَاءِ، ....

وقيل: هو مجرد الاستنجاء، وهو أن يطهر نفسه عن النجاسات، وإن كان لا يقدر على تمام الطهارة، وهو المفهوم من ظاهر ما ذكره في الكتاب.

(**والأب أقدر على التأديب**)؛ أي: بآداب الرجال (**والتثقيف**)؛ أي: التسوية، ولأن صحبة النساء مفسدة للرجال، فإذا ترك عندها ينكسر لسانه ويميل طبعه إلى طبع النساء، وربما يصير مخنثًا، فلذا يدفع إلى الأب، ولهذا لو امتنع الأب عن أخذه يجبر؛ لأن نفقته وصيانته عليه. كذا في المبسوط[1].

قوله: (**بسبع سنين**): وعليه الفتوى في جامع الحسامي والكافي؛ لأن البالغ إذا بلغ [سبع إلى تسع] سنين يستغني عن الحضانة، فحينئذ يستنجي وحده. وقال عليه السلام: «**مروا صبيانكم بالصلاة**»[2] لا يكون إلا بعد القدرة على الطهارة، وقدره أبو بكر الرازي بتسع سنين.

وعند مالك: الأم أحق بالغلام حتى يحتلم.

وقيل: حتى يثغر، يقال: ثغر الغلام فهو مثغور سقطت رواضعه، ولو نبتت بعد السقوط فهو مثغر بالثاء والتاء.

وعند الشافعي: يُخيَّر الغلام في سبع أو ثمان. وعند أحمد وإسحاق: يخير في سبع، فإذا اختار أحدهما وسلم إليه ثم اختار الآخر؛ فله ذلك ورد إليه. فإن عاد فاختار الآخر أعيد إليه، هكذا أبدا.

قال في المغني: وهذا لم ينقل عن أحد من السلف. والمعتوه لا يُخيَّر، ويكون عند الأم.

قوله: (**إلى معرفة آداب النساء**) من الغزل والطبخ وغسل الثياب، والأم

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٥/ ٢٠٨).

(٢) أخرجه أبو داود (١/ ١٣٣ برقم ٤٩٥)، والحاكم (١/ ٣١١ برقم ٧٠٨) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما.

وَالمَرأَةُ عَلَى ذَلِكَ أَقدَرُ، وَبَعدَ البُلُوغِ تَحتَاجُ إِلَى التَّحصِينِ وَالحِفظِ، وَالأَبُ فِيهِ أَقوَى وَأَهدَى. وَعَن مُحَمَّد: أَنَّهَا تُدفَعُ إِلَى الأَبِ إِذَا بَلَغَت حَدَّ الشَّهوَةِ لِتَحَقُّقِ الحَاجَةِ إِلَى الصِّيَانَةِ(*).

(وَمَن سِوَى الأُمِّ وَالجَدَّةِ أَحَقُّ بِالجَارِيَةِ حَتَّى تَبلُغَ حَدًّا تُشتَهَى، وَفِي الجَامِعِ

أقدر على ذلك. ولو دفعت إلى الأب اختلطت بالرجال، فيقل حياؤها، والحياء في النساء زينة [٥٠٤/أ]، وبعد البلوغ احتاجت إلى التزويج والحفظ، وذلك إلى الأب، وصارت عرضة للفتنة، مطمعة للزيجات، والنساء يخدعن، والغيرة التي عند الرجال ليست عند النساء، فيكون الأب أقدر من حفظها على وجه لا تتمكن الأم من ذلك.

وفي نوادر هشام عن محمد: إذا بلغت حدَّ الشهوة؛ فالأب أحق بها؛ للمعنى الذي أشرنا. كذا في المبسوط[١].

وفي غياث المفتي: الاعتماد على رواية هشام لخبث الزمان. ولو بلغت إحدى عشر سنة فقد بلغت حد الشهوة في قولهم.

وعند الشافعي: إذا اختار الغلام أمه؛ يكون عندها بالليل وعند الأب بالنهار، والبنت أيهما اختارت؛ تكون عنده بالليل والنهار.

وعند مالك: الأم أحق بالبنت حتى تنكح ويدخل بها الزوج وإن حاضت.

قوله: (ومن سوى الأم والجدة) كالأخوات والخالات والعمات؛ فإنها تترك عندهن على رواية الجامع إلى [أن][٢] تأكل وحدها وتشرب وحدها، وهي والصغير سواء؛ لأنها وإن كانت تحتاج إلى تعلم آداب النساء؛ إلا أن فيه نوع استخدام للصغير، وليس لغير الأم والجدتين ولاية الاستخدام، ولهذا لا تُؤَاجِرُهَا للخدمة؛ فتُدْفَعُ إلى الأب احترازا عن المعصية. كذا في جامع قاضي خان.

في الكافي: اختلعها وله منها بنت إحدى عشرة سنة، فضَمَّتها إليها وتخرج

(*) الراجح: قول محمد.

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٥/٢٠٨).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

الصَّغِيرِ: حَتَّى تَستَغنِيَ) لِأَنَّهَا لَا تَقدِرُ عَلَى استِخدَامِهَا، وَلِهَذَا لَا تُؤَاجِرُهَا لِلخِدمَةِ فَلَا يَحصُلُ المَقصُودُ، بِخِلَافِ الأُمِّ وَالجَدَّةِ لِقُدرَتِهِمَا عَلَيهِ شَرعًا.

قَالَ: (وَالأَمَةُ إِذَا أَعتَقَهَا مَولَاهَا وَأُمُّ الوَلَدِ إِذَا أُعتِقَت كَالحُرَّةِ فِي حَقِّ الوَلَدِ) لِأَنَّهُمَا حُرَّتَانِ أَوَانَ ثُبُوتِ الحَقِّ (وَلَيسَ لَهُمَا قَبلَ العِتقِ حَقٌّ فِي الوَلَدِ) عَنِ الحَضَانَةِ

من بيتها كلَّ شَهْرٍ وكلَّ وقتٍ وتترك البنت ضائعة؛ فله أن يأخذها أي البنت.

قوله: (كالحرة في حق الولد) وذلك بأن زوَّجَهما مولاهما، ثم ولدتا ثم عتقتا، [وكانتا][(١)] أحقَّين بالولد من مولاهما؛ لأن الخصومة هنا إنما تكون مع المولى؛ لأن الزوج لا حق له في الولد؛ إذ الولد يتبع الأم في الملك، ومالك المملوك أحق به من غيره. كذا في الكافي.

وفي الإسْبِيجابي: الأَمَة والمدبَّرة أعتقهما سيدها، ولهما ولد من غيره، فلا حضانة لهما فيه، وملك سيده يفعل فيه ما يشاء، فيحمل المذكور في الكتاب على الولد الحر.

واختلفت المالكية في أم الولد إذا أُعتِقَت، مع اتفاقهم على ثبوت حضانة الأمة. ذكره في الجواهر.

(وليس لهما قبل العتق حق في الولد) وبه قال عطاء والشافعي والثوري وأحمد.

وعند مالك: تثبت الحضانة للرقيق.

وقلنا: اشتغالهما بخدمة المولى يعجزهما عن الحضانة، ولأنه لا ولاية لهما على أنفسهما، وحق الحضانة نوع ولاية، وهذا المعنى يزول بالعتق، فيثبت كالحرة الأصلية.

وفي الكافي: والأمة إذا فارقها زوجها؛ فالولد لمولاها، وهو أولى من الأب؛ لأن الولد تبع الأم في الملك وإن كان الزوج حرًّا، ولكن ينبغي أن لا يفارق بين الولد وبين أمه؛ للنهي، وهو قوله تعالى: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا﴾

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

بِالِاشْتِغَالِ بِخِدمَةِ المَولَى (وَالذِّمِّيَّةُ أَحَقُّ بِوَلَدِهَا المُسلِمِ مَا لَم يَعقِلِ الأَديَانَ أَو يُخَفْ أَن يَألَفَ الكُفرَ) لِلنَّظَرِ قَبلَ ذَلِكَ وَاحتِمَالِ الضَّرَرِ بَعدَهُ (وَلَا خِيَارَ لِلغُلَامِ وَالجَارِيَةِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهُمَا الخِيَارُ، لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ خَيَّرَ. وَلَنَا: أَنَّهُ لِقُصُورِ عَقلِهِ يَختَارُ مَن عِندَهُ الدَّعَةُ لِتَخلِيَتِهِ بَينَهُ وَبَينَ اللَّعِبِ فَلَا يَتَحَقَّقُ النَّظَرُ، وَقَد صَحَّ أَنَّ

[البقرة:٢٣٣]، وقوله عليه السلام: «**من فرَّقَ بين والدةٍ وولدِها فرَّقَ الله بينَهُ وبينَ أحبَّتِهِ يومَ القيامةِ**»[(١)] كذا في جامع قاضي خان، والمبسوط[(٢)].

قوله: (أو يخف) بالرفع استئناف. وفي بعض النسخ: (أو يخف) بالجزم عطفًا على ما يعقل.

وبقولنا: قال مالك في المشهور، وأبو القاسم، وأبو ثور.

ويمنع أن تغذيه الخمر أو لحم الخنزير، وإن خيف؛ ضُمَّ إلى ناس من المسلمين.

وقال الشافعي وأحمد وسوار والعنبري: لا حضانة لها، وهو رواية عن مالك.

وقلنا: إنها حرة قادرة، ولها شفقة كالمسلمين، والحضانة تبتني على الشفقة، ولا يختلف ذلك باختلاف الدين على ما قالوا: كل شيء يحب ولده حتى الحباري، وما فيه من احتمال ضرب يرتفع بما ذكرناه.

وقوله: (وَلَا خِيَارَ لِلْغُلَامِ وَالْجَارِيَةِ): وبقولنا: قال مالك.

(وقال الشافعي) وأحمد **(لهما الخيار)** وقد بينا وقت الخيار فلا نعيده.

لهما: «**أنَّه عليهِ السَّلامُ خَيَّرَ**». روى أبو داود، وأحمد، عن عبد الحميد بن عبد الله بن رافع بن سنان الأنصاري، أن جده أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فجاءت إلى رسول الله فقالت: ابنتي وهي فطيم، وقال رافع: ابنتي، فقال عليه السلام: «**اقعد ناحية وقال: اقعدي ناحية**»، فأقعد الصبية بينهما، وقال:

---

(١) أخرجه الترمذي (٣/ ٥٧٢ برقم ١٢٨٣) من حديث سيدنا أبي أيوب الأنصاري رضي الله عنهما.
قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٥/ ٢١٣).

الصَّحَابَةَ لَم يُخَيِّرُوا، أَمَّا الحَدِيثُ فَقُلنَا: قَد قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «اللَّهُمَّ اهدِهِ»

«**ادعواها**» فمالت إلى أمها، فقال عليه السلام: «**اللَّهمَّ اهدِها**» فمالت إلى أبيها فأخذها[١].

وفي رواية أخرى: فجاء جده بابن صغير له لم يبلغ، فأجلس عليه السلام الأب ههنا والأم ههنا ثم خيره، فقال: «**اللَّهُمَّ اهدِهِ**» فذهب إلى أبيه[٢]. أخرجه النسائي.

وعن أبي هريرة: أن امرأة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: يا نبي الله! [٥٠٤/ب] إن زوجي هذا يُرِيدُ أَنْ يَذْهَبَ بِابْنِي، وَقَدْ سَقَانِي مِنْ بِئْرِ عِنَبَةَ، وَقَدْ نَفَعَنِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «**اسْتَهِمَا عَلَيْهِ**»، فَقَالَ زَوْجُهَا: مَنْ يُحَاقُّنِي فِي وَلَدِي؟ فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «**هَذَا أَبُوكَ وَهَذِهِ أُمُّكَ، فَخُذْ بِيَدِ أَيِّهِمَا شِئْتَ**»، فَأَخَذَ بِيَدِ أُمِّهِ فَانْطَلَقَتْ بِهِ[٣]. أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه. قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

وعنبة: واحدة الأعناب، ويُحَاقِّنِي: ينازعني في حقي عنه. وفي الكافي: من بئر أبي عنبة.

قوله: (مَنْ عِنْدَهُ الدَّعَةُ)؛ أي: الخفض والراحة، والهاء عوض من الواو، وَدُعَ الرجل بالضم. كذا في الصحاح[٤].

وفي المبسوط: في القول بالتخيير بناء الإلزام والحكم على قول الصبي، وذلك لا يجوز[٥].

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٧٣ برقم ٢٢٤٤) والحاكم (٢/ ٢٢٥ برقم ٢٨٢٨) من حديث رافع بن سنان رضي الله عنهما.
قال الحاكم: هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحُ الْإِسْنَادِ، وَلَمْ يُخَرِّجَاهُ.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٨٣ برقم ٢٢٧٧)، والترمذي (٣/ ٦٣٠ برقم ١٣٥٧)، وابن ماجه (٢/ ٧٨٧ ٢٣٥١) من حديث سيدنا أبو هريرة رضي الله عنه.

(٤) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري (٣/ ١٢٩٥).

(٥) المبسوط للسَّرَخْسِي (٥/ ٢٠٨).

فَوُفِّقَ لِاخْتِيَارِهِ الأَنظَرَ بِدُعَائِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ، أَو يُحمَلُ عَلَى مَا إِذَا كَانَ بَالِغًا.

قوله: (**فَوُفِّقَ لِاخْتِيَارِهِ الأَنْظَرَ بِدُعَائِهِ عليه الصّلاة السلام**) قال: «**اللَّهمّ اهْدِه**»، فاختار الأم أو الأب في رواية؛ لأن الأنظر له اختيار الأم في حديث أبي هريرة وفي حديث حميد الأَنْظَرْ لها اختيار الأب؛ لأنه مسلم، والنبي عليه السلام مجاب الدعوة، وذا معمول عليه عندنا إذا اختار من اختاره الشرع، ومثل هذا لا يوجد في غيره.

(**أو يحمل على ما إذا كان الولد بالغًا**)؛ أي: عاقلًا. كذا ذكره أبو اليسر، أو أراد حقيقة البلوغ؛ فإنه إذا بلغ رشيدًا له أن ينفرد بالسكنى، وليس للأب أن يضمه إلى نفسه إلا أن يكون مفسدًا مخوفًا عليه، فحينئذ يضمه إلى نفسه اعتبارًا لنفسه بماله.

ولو بلغت الجارية، إن كانت بكرا يضمها إلى نفسه؛ لأنها لم تختبر الرجال، فتكون سريعة الانخداع. ولو كانت ثيبًا فلها أن تنفرد بالسكنى؛ لأنها قد اختبرت الرجال، فلا تكون سريعة الانخداع؛ لأنها عرفت كيدهم، فليس له أن يضمها إلى نفسه.

أصله: قوله عليه السلام: «**الثيبُ أحقُّ بنفسها مِن وَليِّها**»(١) ولكن هذا إذا كان مأمونًا عليها. أما لو كانت مخوفًا على نفسها لا يوثق بها؛ فللأب أن يضمها إلى نفسه لبقاء الخوف، وللأخ أو العم [في الكبر أن يضمها إلى نفسه أيضًا؛ لأنه مشفق عليها إذا لم يكن الأخ أو العم](٢) مفسدًا، فحينئذ يضعها القاضي عند امرأة ثقة من المسلمين. كذا في المبسوط(٣).

وفي الكافي: لو اختلعت على أن تترك ولدها عند الزوج؛ فالخلع جائز والشرط باطل.

قيل: في حديث أبي هريرة أربعة أوجه من الجواب:

أحدها: الأمر بالاستهامة عليه، وهو متروك بالإجماع.

---

(١) أخرجه مسلم (٢/ ١٠٣٧ برقم ١٤٢١) من حديث سيدنا ابن عباس رضي الله عنهما.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٥/ ٢١٢).

فَصْلٌ: [في بَيَانِ حُكْمِ مَنْ يُرِيدُ إِخْرَاجَ الصَّغِيرةِ إلى القُرىَ]

(وَإِذَا أَرَادَت المُطَلَّقَةُ أَن تَخرُجَ بِوَلَدِهَا مِن المِصرِ فَلَيسَ لَهَا ذَلِكَ) لِمَا فِيهِ مِن

وثانيها: لم يذكر فيها الطلاق، وقولها: إن زوجي؛ دليل قيام النكاح بينهما.

وثالثها: ليس فيه ذكر سبع سنين، وهما يشترطا للتخيير سبع سنين؛ بل الحال يقتضي أن يكون عمره أقل من ذلك؛ لأن مثل هذا يستعمل في أوائل الانتفاع في ابن أربع أو خمس.

ورابعها: أن بئر عنبة كانت بالمدينة، ولا يمكن للصغير أن يستقي منها، فهو محمول على البالغ، وعند البالغ يُخَيَّرُ، فله أن ينفرد بالسكنى، وله أن يكون بأيِّهما أراد.

مسألة: إذا أراد الأب أن يسافر بولده سفر إقامة في مدة الحضانة؛ ليس له ذلك. ذكره في التكملة.

وعند الشافعي ومالك وأحمد: له ذلك.

وقلنا: في ذلك ضرر الحاضنة، [وإبطال حقها في الحضانة][(١)] والإضرار بالطفل الصغير؛ لأنه عسى أن يكون من فَرْغانَة إلى عانة، وهو محض إضرار بهما، ولا برهان لهم في ذلك من كتاب وسنة ولا قول صحابي، ولا قياس صحيح وفاسد.

فصل

(وإذا أرادت المطلقة)؛ أي: بعد انقضاء العدة، فإنه صرح به في جامع قاضي خان وغيره، فقال: تزوج امرأة من أهل الشام، فقدم بها إلى الكوفة، فولدت منه أولادًا، ثم طلقها ثلاثًا وانقضت عدتها؛ فلها أن تخرج بأولادها إلى الشام من غير رضا الأب. ولو تزوجها بالكوفة وهي من أهل الشام، فولدت منه أولادًا ثم طلقها ثلاثًا؛ لم يكن له أن يخرج بالأولاد من الكوفة، وهذه المسألة بناء على ما تقدم أن الأم أحق بالولد الصغير.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

الإِضْرَارِ بِالأَبِ (إِلَّا أَن تَخرُجَ بِهِ إِلَى وَطَنِهَا وَقَد كَانَ الزَّوجُ تَزَوَّجهَا فِيهِ) لِأَنَّهُ التَزَمَ المَقَامَ فِيهِ عُرفًا وَشَرعًا، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَن تَأَهَّلَ بِبَلدَة فَهُوَ مِنهُم» وَلِهَذَا يَصِيرُ الحَربِيُّ بِهِ ذِمِّيًّا، وَإِن أَرَادَت الخُرُوجَ إِلَى مِصر غَيرِ وَطَنِهَا وَقَد كَانَ التَّزَوُّجُ فِيهِ

وقوله: **(ولهذا يصير الحربي به ذميًّا)**: وفي النهاية: هذا وقع غلطًا، فإنه ذكر في سير هذا الكتاب وسائر الكتب من السير الكبير وغيره: أن المستأمن لو تزوج ذمية لا يصير ذميًّا؛ لأنه يمكنه أن يطلقها فيرجع.

وقد وجدْتُ بخط شيخي العلامة -رحمه الله- ليس في النسخة التي قوبلت بنسخة المصنف هذه الجملة، وغيَّر بعضهم لفظ الحربي بلفظ الحربية.

قيل: أراد به الشخص الحربي وهي الحربية.

وقيل: [الضمير][(١)] في (به) راجع إلى التزام المقام [لا إلى التزوج، وهو ظاهر؛ لأنه سيق الكلام له.

وقيل في تصحيحه: أن في المسألة قياس واستحسان، فالمذكور في كتاب الطلاق مبني على القياس؛ لأن التزوج في موضع يصلح دليلًا على التزام المقام فيه شرعًا وعرفًا، لا سيما إذا كانت المرأة ممنوعة عن الخروج عن ذلك الموضع، فتزوجه هنا يصلح دليلًا على التزام المقام][(٢)] كتزوج المستأمنة الذمي.

وما ذكر في السير جواب الاستحسان؛ لأن التزوج وإن صلح دليلًا على التزام المقام هنا، فقبول الجزية[٥٠٥/أ] الموجب للذل والصغار يصلح مانعًا، وكون المرأة ممنوعة عن الخروج عن دار الإسلام لا يدل على التزام المقام؛ لأنه يمكنه التطليق والرجوع إلى مسكنه، وإذا كان كذلك يندفع التناقض.

ولا يقال: هذا القياس والاستحسان [غير منقول عن السلف فيكونان مردودين، فلا يصح الجواب؛ لأنا نقول: لما وجد معنى القياس والاستحسان][(٣)] لا وجه إلى المنع من إطلاق الاسم عليهما. كذا قرره شيخي العلامة رحمه الله، ناقلًا عن الشيخ ظهير الدين النوجابادي رحمه الله تعالى.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

أَشَارَ فِي الكِتَابِ: إِلَى أَنَّهُ لَيسَ لَهَا ذَلِكَ، وَهَذَا رِوَايَةُ كِتَابِ الطَّلَاقِ، وَقَد ذَكَرَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: أَنَّ لَهَا ذَلِكَ، لِأَنَّ العَقدَ مَتَى وُجِدَ فِي مَكَان يُوجِبُ أَحكَامَهُ فِيهِ كَمَا يُوجِبُ البَيعُ التَّسلِيمَ فِي مَكَانِهِ، وَمِن جُملَةِ ذَلِكَ حَقُّ إِمسَاكِ الأَولَادِ. وَجهُ الأَوَّلِ: أَنَّ التَّزَوُّجَ فِي دَارِ الغُربَةِ لَيسَ التِزَامًا لِلمُكثِ فِيهِ عُرفًا، وَهَذَا أَصَحُّ. وَالحَاصِلُ: أَنَّهُ لَا بُدَّ مِن الأَمرَينِ جَمِيعًا: الوَطَنُ وَوُجُودُ النِّكَاحِ، وَهَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ

قوله: (أشار في الكتاب): أراد بالكتاب: القدوري. وقيل: المبسوط، فإن قوله: **(إلا أن يخرج بها إلى وطنها)**(١) خصص وطنها بالاستثناء، فكان غيره داخلًا في الخطر، والذي وجد فيه التزوج غير وطنها.

(وهو رواية كتاب الطلاق)؛ أي: من الأصل.

وفي العكس؛ بأن أرادت الانتقال إلى مصر هو مصرها لكن لم يكن أصل العقد فيه؛ لم يكن لها الانتقال به باتفاق الروايات. كذا ذكره الكشاني.

قوله: (كما يوجب البيع التسليم في مكانه).

فإن قيل: يرد عليه ما ذكر في الفتاوى: أن من باع شعيرًا والشعير بالقرية، والمشتري يعلم بذلك؛ يستحق تسليمه في مكانه لا في مكان العقد، وإن لم يعلم فهو بالخيار: إن شاء سلمه في مكانه، وإن شاء فسخ العقد، ولو تَعَيَّنَ مكان العقد لما كان له الخيار.

قلنا: قد ذكر فخر الإسلام: أن المبيع لو كان في مكان العقد يجب تسليمه في مكان العقد [بالإجماع. وإنما لم يذكره في الكتاب فيرد عليه.

قوله: (حق إمساك الأولاد)؛ لأن الأولاد من ثمرات النكاح، فيجب مراعاة الثمرات في مكان العقد](٢) اعتبارًا للثمرات بالأحكام، من وجوب التسليم والتسلم.

قوله: (والحاصل) إلى آخره: هذا على رواية كتاب الطلاق، ولا بد من وجود أمر آخر، وهو أن لا يريد الانتقال إلى دار الحرب، فإنه ذكر في شرح الطحاوي: ولو أرادت الانتقال إلى دار الحرب، وإن كان أصل النكاح وقع

---

(١) انظر المتن ص ٦١٥.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

بَينَ المِصرَينِ تَفَاوُتٌ، أَمَّا إِذَا تَقَارَبَا بِحَيثُ يُمكِنُ لِلوَالِدِ أَن يُطَالِعَ وَلَدَهُ وَيَبِيتَ فِي بَيتِهِ فَلَا بَأسَ بِهِ، وَكَذَا الجَوَابُ فِي القَريَتَينِ، وَلَو انتَقَلَت مِن قَريَةِ المِصرِ إِلَى المِصرِ لَا بَأسَ بِهِ، لِأَنَّ فِيهِ نَظَرًا لِلصَّغِيرِ، حَيثُ يَتَخَلَّقُ بِأَخلَاقِ أَهلِ المِصرِ وَلَيسَ فِيهِ ضَرَرٌ بِالأَبِ، وَفِي عَكسِهِ ضَرَرٌ بِالصَّغِيرِ لِتَخَلُّقِهِ بِأَخلَاقِ أَهلِ السَّوَادِ فَلَيسَ لَهَا ذَلِكَ.

هناك وهي حربية، بعد أن يكون زوجها مسلمًا أو ذميًا؛ ليس لها ذلك، ولو كان كلاهما حربيين فلها ذلك.

قوله: (بَيْنَ الْمِصْرَيْنِ تَفَاوُتٌ)؛ أي: بعد قوله: **(وفي عكسه)**؛ وهو أن ينتقل من المصر إلى القرى؛ لا يجوز النقل وإن كانت القرية قريبة، إلا إذا وقع أصل النكاح هناك، فحينئذ لها ذلك. ذكره في شرح الطحاوي.

وفي فتاوي البقالي: ليس لها ذلك، وقع العقد هناك أو لا.

فروع

في المنتقى: روى ابن سماعة عن أبي يوسف: تزوجها بالبصرة وولدت له الأولاد، فخرج بهم إلى الكوفة فطلقها، فخاصمته في أولادها، وإن أرادت ردهم عليها، فإن أخرجهم بإذنها ليس عليه أن يجيء بهم إليها [ويقال: اذهبي إليها فحدثهم، وإن كان إخراجه إلى الكوفة بغير إذنها فعليه أن يجيء بهم إليها][(١)].

ذكر المرغيناني: لو جاءت بصبي وقالت: هذا ابن بنتي وقد ماتت، أعطني نفقته، فقال: إنها لم تمت وهي في منزلي، وأراد أخذه منها؛ لم يكن له ذلك حتى يعلم القاضي أمه، فيجيء بها فيأخذه منها؛ لأنه أقر لها بالحضانة، حيث اعترف أنها جدة بأن جاء بامرأة، وقال: هذه بنتك وهي أمه، وقالت: ابنتي ماتت؛ فالقول للزوج؛ لأن الفراش لهما، فكان الولد لهما.

ولو أحضر امرأة وقال: أم ولدي، وقالت الجدة: ليست أمه، بل أمه

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

بَابُ النَّفَقَةِ

ابنتي وقد ماتت، وقالت التي أحضرها الرجل: ما أنا بأمه وقد كذب، ولكني امرأته؛ فالأب أولى، ويأخذه منها.

علل الخصاف؛ لأنه لما قال: هذا ابني من هذه المرأة، وقد أنكر كونها جدة له، فكان منكرًا حقها، وقد أقرت له بالحق.

وفي جوامع الفقه: يُصَدَّق في أنها لا زوج لها، أو أنه طلقها إذا كان غير معروف.

وروي أن أولاد العمات والخالات بمنزلتهن، والمكاتبة إن ولدت قبل الكتابة فلا حق لها، كأم الولد والمدبَّرة، وإن ولدت بعد الكتابة كانت أولى به؛ لدخوله في كتابتها.

قال الأب: هو ابن ست سنين، وقالت: ابن سبع، إن كان يأكل وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده؛ دفع إليه، وإلا فلا.

ولو ادعى عليها التزوج بآخر وأنكرت؛ فالقول لها. ولو قالت: طلَّقَني وعاد حقي، إن لم يُعَيِّن الزوج فالقول لها، وإن عَيَّنَت لا يقبل قولها في الطلاق. وإن كان معسرًا فقالت العمة: أنا أُرَبِّي بغير أجرٍ، والأم طلبت الأجرة؛ فالعمة أولى هو الصحيح، والله أعلم.

باب النفقة

لما ذكر ثبوت نسب الولد، وذكر من أحق بتربيته؛ ذكر نفقة والدة ذلك الولد؛ لأنه أصله، ثم ذكر ما يحتاج إليه من السكنى وغيرها، ثم ذكر أنواع من تجب عليه، ثم ذكر نفقة الولد؛ لأنه فرعه، ثم ذكر من يجب عليه نفقته من ذوي الأرحام والمماليك، فكانت هذه أبواب وفصول متلازقة بعضها ببعض نسبه.

النفقة: مشتقة من النفوق الذي هو الهلاك، يقال: [٥٠٥/ب] نفقة الدابَّةُ نفوقا؛ أي: هلكت. أو من النفاق وهو الزواج، يقال: نفقت السلعة نفاقًا -بالفتح- أي: راجعت، ونفقت الدرهم والزاد ينفق نفقًا، أي: نفدت، وأنفقَ القومُ، أي: نفقت سوقهم، وأَنفَقَ الرَّجُلُ، أي: افتقر.

قَالَ: (النَّفَقَةُ وَاجِبَةٌ لِلزَّوجَةِ عَلَى زَوجِهَا، مُسلِمَة كَانَت أَو كَافِرَة، إِذَا سَلَّمَت نَفسَهَا إِلَى مَنزِلِهِ، فَعَلَيهِ نَفَقَتُهَا وَكِسوَتُهَا وَسُكنَاهَا) وَالأَصلُ فِي ذَلِكَ: قوله تَعَالَى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [الطلاق: ٧] وقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وَقَولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثِ حَجَّةِ الوَدَاعِ: «وَلَهُنَّ عَلَيكُم رِزقُهُنَّ وَكِسوَتُهُنَّ بِالمَعرُوفِ» ....

وذكر الزمخشري: كل ما جاء مما فاؤه نون وعينه [فاء][(١)]، يدل على معنى الخروج والذهاب، مثل: نفق ينفق، ونفر ونفس ونفح ونفد ونفي، وغير ذلك.

ثم نفقة الغير على الغير تجب بأسباب: بالزوجية، والقرابة، والملك، فيبدأ بنفقة الزوجات؛ إذ هي الأصل على ما ذكرنا.

قوله: (النفقة واجبة للزوجة) إلى قوله: (وسكناها) وعلى هذا إجماع العلماء، إلا ما روي عن الشعبي أنه قال: ما رأيت أحدًا أجبر على نفقة أحد. ذكره ابن حزم في المحلّى[(٢)].

والأصل في وُجوب نفقة الزوجات: قوله: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [الطلاق: ٧] وقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾، ثم قيل: إنها في المنكوحات، وقيل: إنها في المطلقات، والأول هو الظاهر، وقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم﴾ [الطلاق:٦] و(أنفقوا عليهن من وجدكم)، وبه قرأ ابن مسعود.

وقوله عليه السلام في حديث حجة الوداع، عن جابر بن عبد الله، أن النبي ﷺ ذكر في خطبته في حجة الوداع: «**أوصيكم بالنِّساء خيرًا، فإنهنَّ عندكُم عوانٌ، اتخذتموهنَّ أمانةَ اللهِ، واستحللتُم فروجَهُنَّ بكلمةِ اللهِ، وإنَّ لكم عليهنَّ أن لا يوطئن فرشكم أحدًا تكرهونَهُ، وأن لا يؤذن أحدًا في بيوتكُم تكرهونه، فإن فعَلْنَ ذلك فاضربوهُنّ ضربًا غير مُبرِّحٍ، وإنَّ لهنَّ عليكُم نفقتهنَّ وكسوتهنَّ بالمعروفِ**»[(٣)] رواه مسلم، وأبو داود.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) المحلّى لابن حزم (٩/ ٢٦٧).

(٣) سبق تخريجه.

وَلِأَنَّ النَّفَقَةَ جَزَاءُ الِاحتِبَاسِ، فَكُلُّ مَن كَانَ مَحبُوسًا بِحَقٍّ مَقصُود لِغَيرِهِ كَانَت نَفَقَتُهُ عَلَيهِ، أَصْلُهُ القَاضِي وَالعَامِلُ فِي الصَّدَقَاتِ. وَهَذِهِ الدَّلَائِلُ لَا فَصلَ فِيهَا، فَتَستَوِي

وعن عائشة أن هند ابنة عتبة قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، ليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال عليه السلام: «**خذي ما يكفيكِ وولدكِ بالمعروف**»(١). رواه الجماعة إلا الترمذي، والأحاديث في الباب كثيرة.

ولأن النفقة جزاء الاحتباس، وكل من كان محبوسًا بمنفعة ترجع إلى غيره فنفقته عليه؛ لأن الله تعالى هَيَّأَ لنا الأعضاء والقوى والحواس؛ ليتوسل بها إلى إقامة التكاليف، فلما صرف ذلك إلى غيره، فليكن نفقته عليه، أصله العامل في الصدقات، والقاضي والمفتي، والمَولَى والوصي، والمضارب إذا سافر بمال المضاربة، والمقاتلة إذا قاموا بكتابة المسلمين في دفع عدوهم تجب كفايتهم، والنساء محبوسات للأزواج صيانة للمياه عن الاشتباه في الأنساب عن الالتباس، فتجب نفقتهن عليهن، سواء كن مسلمات أو كافرات، غنيات أو فقيرات، موطوءات أو غير موطوءات، منتقلات إلى بيوت الأزواج أو غير منتقلات؛ لأن هذه الدلائل لا تفصل.

قوله: (إِذَا سَلَّمَتْ نَفْسَهَا إِلَى مَنْزِلِهِ)(٢): هذا الشرط غير لازم في ظاهر الرواية. ذكره في المبسوط وغيره، حيث قال: تجب نفقتها بعد صحة العقد في ظاهر الرواية، وإن لم تنتقل إلى بيت الزوج(٣)، ألا ترى أن الزوج لو لم يطلب انتقالها؛ كان لها أن تطالبه بالنفقة. ذكره في الذخيرة والإيضاح؛ لأن النفقة مستحقة عليه بما ذكرنا من الدلائل من غير فصل، والفتوى عليه.

وقال بعض المتأخرين من أئمة بلخ: لا تستحقُّ النفقةَ حتى تُزَفَّ إلى منزل الزوج، وهو رواية عن أبي يوسف، واختارها القدوري، وليس الفتوى عليه.

قوله: (فكل من كان محبوسًا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه).

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) انظر المتن ص ٦١٩.
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٥/ ١٧٨).

فِيهَا المُسلِمَةُ وَالكَافِرَةُ (وَيُعتَبَرُ فِي ذَلِكَ حَالُهُمَا جَمِيعًا) قَالَ العَبدُ الضَّعِيفُ: وَهَذَا اختِيَارُ الخَصَّافِ وَعَلَيهِ الفَتوَى، وَتَفسِيرُهُ: أَنَّهُمَا إِذَا كَانَا مُوسِرَينِ تَجِبُ نَفَقَةُ اليَسَارِ، وَإِن كَانَا مُعسِرَينِ فَنَفَقَةُ الإِعسَارِ، وَإِن كَانَت مُعسِرَةً وَالزَّوجُ مُوسِرًا فَنَفَقَتُهَا دُونَ نَفَقَةِ المُوسِرَاتِ وَفَوقَ نَفَقَةِ المُعسِرَاتِ. وَقَالَ الكَرخِيُّ: يُعتَبَرُ حَالُ الزَّوجِ وَهُوَ قَولُ

فإن قيل: يشكل عليه الرهن؛ فإنه محبوس لحقٍّ مقصودٍ للمرتهن وهو الاستيفاء منه، ولهذا يكون أحق به من سائر الغرماء، ومع هذا ما كانت نفقته على المرتهن.

قلنا: في الرهن كما يحصل مقصود المرتهن يحصل مقصود الراهن أيضًا؛ وهو أن يكون موفيًا دينه منه عند الهلاك، فكان مشتركا [فعلى الراهن بسبب][١] الملك.

قوله: (**وَهَذَا اخْتِيَارُ الخَصَّافِ وَعَلَيْهِ الفَتْوَى**): وفي البدائع: كذا قال الجصاص، وهو قول أحمد؛ لأن النص يقتضي اعتبار حاله، وحديث هند اعتبار حالها، فيعتبر حالها عملًا بهما.

ولأن النفقة تجب كفاية، والفقير لا يحتاج إلى كفاية الموسرات. واعتبر مالك حالها لظاهر حديث هند.

قوله: (**فنفقتها دون نفقة الموسرات**): في الذخيرة: بيانه: إذا كان الزوج موسرًا مفرط اليسار، نحو: أن يأكل الحلوى واللحم المشوي والباجات، والمرأة فقيرة تأكل في بيتها خبز الشعير؛ لا يؤاخذ الزوج أن يطعمها ما يأكل بنفسه ولا ما كانت تأكل في بيتها، ولكن يطعمها فيما بين ذلك، ويطعمها جيد البرّ، وباجة أو باجَتَين [٥٠٦/أ]، فهذا معنى اعتبار حالهما.

قال مشايخنا رحمهم الله: والمستحب أن يأكل معها ما يأكل بنفسه؛ لأنه مأمور بحسن العشرة معها، وذلك في المؤاكلة معها.

قوله: (**وقال الكرخي يعتبر حال الزوج**): وهو ظاهر الرواية. ذكره في الذخيرة والمبسوط[٢]، وهو قول الشافعي؛ لقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ﴾

---

(١) ما بين المعقوفتين يقابله بياض في الأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٥/ ١٨٢).

الشَّافِعِيِّ لِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [الطلاق: ٧] وَجهُ الأَوَّلِ: قَولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِهِندَ امرَأَةِ أَبِي سُفيَانَ: «خُذِي مِن مَالِ زَوجِكِ مَا يَكفِيكِ وَوَلَدِكِ بِالمَعرُوفِ» اعتَبَرَ حَالَهَا وَهُوَ الفِقهُ فَإِنَّ النَّفَقَةَ تَجِبُ بِطَرِيقِ الكِفَايَةِ، وَالفَقِيرَةُ لَا تَفتَقِرُ إِلَى كِفَايَةِ المُوسِرَاتِ فَلَا مَعنَى لِلزِّيَادَةِ، وَنَحنُ نَقُولُ بِمُوجَبِ النَّصِّ أَنَّهُ يُخَاطِبُ بِقَدرِ وُسعِهِ وَالبَاقِي دَينٌ فِي ذِمَّتِهِ، وَمَعنَى قَولِهِ: «بِالمَعرُوفِ»: الوَسَطُ، وَهُوَ الوَاجِبُ وَبِهِ يَتَبَيَّنُ أَنَّهُ لَا مَعنَى لِلتَّقدِيرِ كَمَا ذَهَبَ إِلَيهِ الشَّافِعِيُّ أَنَّهُ عَلَى المُوسِرِ مُدَّانِ وَعَلَى المُعسِرِ مُدٌّ وَعَلَى المُتَوَسِّطِ مُدٌّ وَنِصفُ مُدٍّ، ....

[التغابن: ٧] الآية، وقال: ﴿وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ﴾ [الطلاق: ٧]؛ بيَّنَ أن التكليف بحسب الوسع، وأن النفقة على حسب حاله، ولما زوجت نفسها من معسر؛ فقد رضيت بنفقة المُعسِرين، فلا يستوجب على الزوج إلا بحسب حاله.

قوله: (ووجه الأول)؛ أي: اعتبار حالهما، وقد بيناه.

وقوله: (والباقي دَيْنٌ عليه)؛ أي: الفاضل دين عليه إذا فرضت عليه، ويؤخذ منه إذا أيسر.

قوله: (ومعنى قوله: بالمعروف)؛ أي: قوله عليه السلام: «**الوسط**» وهو الواجب.

وفي المبسوط: يحق على القاضي اعتبار الكفاية بالمعروف فيما فرض في كل وقت وزمان، وكما يفرض لها قدر الكفاية من الطعام فكذلك من الأدم؛ لأن الخبز لا يُتناوَل إلا مأدومًا عادة، وجاء في تفسير قوله تعالى: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] أن أعلا ما يطعم الرجل أهله: الخبز واللحم، وأوسطه: الخبز والزيت، وأدناه: الخبز واللبن، وأما الدهن؛ فلأنه يستغنى عنه، خصوصًا في ديار الحَرِّ، فهو من أصول الخبز[1].

قوله: (كما ذهب إليه الشافعي) في قوله: (ونصف مُدٍّ).

قال الماوردي في الحاوي: وأرى الأصول في اعتبار الحب في النفقة الكفارات؛ لأنها طعام يقصد به في الجَوْعَة ويستقر في الذمة، قال: ثم وجدنا

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٥/ ١٨٢).

....

كثير الطعام المقدّر في الكفاية فدية الأذى، وهي مدَّانِ لكُلٍّ، فجعلناه أصلًا لنفقة الموسرات، فأوجبناه لنفقة زوجته في أول كل يوم، ولأنه أكثر ما يقتات به الإنسان عادة، ووجدنا أقل الطعام المقدر في الكفارة كفارة الوطء في رمضان، لكل مسكين مدٌّ، فجعلناه نفقة لزوجة المعسر، وهو أصل ما يقتات به الإنسان في الأغلب، وجعلنا للمتوسط مُدًّا ونصفًا، دون نفقة الموسر فوق نفقة المعسر، والمدّ: مائة وثلاثة وسبعون درهمًا وثلث درهم. ذكره في المنهاج.

ويعتبر اليسار والإعسار بالكسب في وجوب النفقة لا بأصل المال، وهو تحكم محض وخلاف المعروف بين الناس، قال: ويعتبر ذلك في الكفارات، وسواء كان المقدّر فوق شبعها أو مقصرًا، فإن زاد على شبعها كان ملكًا لها، وإن نقص ولم تقدر على التقنع به؛ كان الزوج بالخيار بين أن يتم لها شبعها وبين أن يمكنها من اكتسابه، فأيهما فعل؛ فلا اختيار لها، فإن لم تقدر على الاكتساب؛ صارت من أهل الصدقات، تأخذ باقية كفايتها من الصدقات - أي: الزكوات والكفّارات -.

وهذا عجب؛ فإنه تعالى قال: ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِيٓ أَزْوَٰجِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٥٠]، ولم يفرض كفايتها من نفقتها على أصحاب الكفّارات والزكوات. ويقدر لأهل الحجاز بالتمر؛ لأنه قوتهم، ولأهل الطائف بالشعير؛ لأنه غالب قوتهم، ولأهل اليمن بالذرة، ولأهل العراق بالبُر، ولأهل طبرستان بالأرز، ولا يعتبر الحب من البر والشعير والذرة دقيق ولا خبز.

وهذا عجب أيضًا؛ لأن النفقة تجب كفاية اليوم، فلا معنى لدعوى الفرق بين الدقيق والحب، ولأن الحب يحتاج إلى الطحن، والخبز لا يحتاج، فينبغي أن يكون هو أولى.

وفي المنهاج: عليه تمكينها حَبًّا وعليه طحنه وخبزه في الأصح، ويجوز الاعتياض في الأصح إلا دقيقًا وخبزًا على المذهب، ولو أكلت منه سقطت نفقتها في الأصح.

لِأَنَّ مَا وَجَبَ كِفَايَةً لَا يَتَقَدَّرُ شَرعًا فِي نَفسِهِ.

(وَإِن امتَنَعَت مِن تَسلِيمِ نَفسِهَا حَتَّى يُعطِيَهَا مَهرَهَا فَلَهَا النَّفَقَةُ) لِأَنَّهُ مَنعٌ بِحَقٍّ فَكَانَ فَوتُ الِاحتِبَاسِ لِمَعنى مِن قِبَلِهِ فَيُجعَلُ كَلَا فَائِت.

(وَإِن نَشَزَت فَلَا نَفَقَةَ لَهَا حَتَّى تَعُودَ إِلَى مَنزِلِهِ) لِأَنَّ فَوتَ الِاحتِبَاسِ مِنهَا، وَإِن

وهذا عجب أيضًا؛ فإنه إذا جاز اعتياضه مما لم يأكل، فبالخبز والدقيق أولى.

وفي المغني: إيجاب الحب تحكّم، فإن الشرع ورد بالإنفاق مطلقًا من غير قيد ولا تقدير، فيجب أن يرد إلى العرف والعادة، وذلك في الطعام دون الحب.

واعتبار النفقة بالكفارة لا يصح؛ لأن الكفارة لا تختلف باليسار والإعسار، ولا هي مقدرة بالكفاية، وحديث هند نص على الكفاية، ولهذا لا يشترط الإدام في خبز البر بالإجماع، وما بلغنا عن أحد من السلف أنه أطعم زوجته حبًّا، ولا حكم بذلك حاكم، وقد تركوا قوله [في][1] جميع البلاد الإسلامية على تقدير مدّ على الأكابر.

وعن مالك: بفرض مدٍّ، بمدِّ مروان كل يوم، وهو مدٌّ وثلث بمد النبي عليه الصلاة والسلام.

قال ابن حبيب: اتخذه هشام بن اسماعيل لفرض نفقة الزوجات، فاستحسنه [٥٠٦/ب] مالك، وهو خلاف ظاهر مذهبه.

قوله: (**لَا يَتَقَدَّرُ شَرْعًا فِي نَفْسِهِ**)؛ لأنه يختلف باختلاف الطباع وأحوال الناس، ويختلف باختلاف الأوقات، ففي التقدير بمقدار إضرار بأحدهما.

وفي المبسوط: وكل جواب عرفته من اعتبار حاله أو حالها في فرض النفقة؛ فهو الجواب في الكسوة.

قوله: (**وإن نشزت**) إلى آخره: وأجمع العلماء بسقوط النفقة بالامتناع، إلا الحكم بن عيينة من المالكية.

وفسَّر الخصّاف الناشزة فقال: هي الخارجة من منزل زوجها، المانعة

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

عَادَت جَاءَ الِاحتِبَاسُ فَتَجِبُ النَّفَقَةُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا امتَنَعَت مِن التَّمكِينِ فِي بَيتِ الزَّوجِ لِأَنَّ الِاحتِبَاسَ قَائِمٌ وَالزَّوجُ يَقدِرُ عَلَى الوَطءِ كُرهًا.

(وَإِن كَانَت صَغِيرَة لَا يُستَمتَعُ بِهَا فَلَا نَفَقَةَ لَهَا وإن سُلمت إليه) لِأَنَّ امتِنَاعَ الِاستِمتَاعِ لِمَعنى فِيهَا، ....

نفسها منه؛ لأنها إذا كانت مقيمة مع الزوج في المنزل؛ فالظاهر أن الزوج يقدر على تحصيل المقصود منها، فلا يوجب ذلك نقصان نفقتها، وكذا لو كان المنزل لها والزوج يسكن معها فيه، فمنعته من الدخول عليها؛ تكون ناشزة ما دامت على تلك الحالة، إلا أن تكون سألته أن يحوّلها إلى منزله، أو يكتري لها منزلًا آخر، ويقول: إني محتاج إلى منزلي ومنعته من الدخول عليها؛ فحينئذ لا تسقط نفقتها؛ لأن المانع جاء من جهته. كذا في الذخيرة.

ولو كان يسكن في أرض الغصب فامتنعت منه؛ لها النفقة؛ لأنها ليست بناشز.

وفي المبسوط: قيل لشريح: هل للناشزة نفقة؟ فقال: نعم، فقيل: كم، قال: جراب من تراب، معناه: لا نفقة لها(١).

فإن قيل: النص مطلق.

قلنا: خصت الناشزة بدلالة النص؛ لأنه تعالى أمر في حق الناشزة بمنع حقها في الصحبة بقوله تعالى: ﴿وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ﴾ [النساء:٣٤] وهي مشتركة بينهما، فلا يجب النفقة وهي مختصة بها.

قوله: (لا يستمتع بها)؛ أي: لا يوطئ. وبه صرح في الذخيرة، وعليه جمهور العلماء.

وعند الثوري والظاهرية والشافعي في قول والأصح عنده: أنه يجب ولو كانت في المهد لإطلاق النص، ولأنها عوض عن الملك، كما ذكره في المتن.

قوله: (لأن امتناع الاستمتاع لمعنى فيها): في الذخيرة، وفي المبسوط:

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٥/ ١٨٦).

وَالِاحتِبَاسُ المُوجِبُ مَا يَكُونُ وَسِيلَة إِلَى مَقصُود مُستَحَقٌّ بِالنِّكَاحِ وَلَم يُوجَد، بِخِلَافِ المَرِيضَةِ عَلَى مَا نُبَيِّنُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهَا النَّفَقَةُ، لِأَنَّهَا عِوَضٌ مِن المِلكِ عِندَهُ كَمَا فِي المَملُوكَةِ بِمِلكِ اليَمِينِ. وَلَنَا: أَنَّ المَهرَ عِوَضٌ عَن المِلكِ وَلَا يَجتَمِعُ العِوَضَانِ عَن مُعَوَّض وَاحِد، فَلَهَا المَهرُ دُونَ النَّفَقَةِ.

(وَإِن كَانَ الزَّوجُ صَغِيرًا ....

النفقة إنما تجب بسبب احتباس مستحق بعقد النكاح إذا حصل [له](١) منفعة من منافع النكاح على سبيل الخصوص، ومنافع النكاح على الخصوص هي الجماع ودواعيه، والصغيرة لا تصلح للجماع ولا لدواعيه أيضًا، فكان فوات منفعة الاحتباس جاء منها، بخلاف نفقة المملوكة؛ لأنه يجب للملك فقط، وذا لا يختلف بالصغر والكبر.

فإن قيل: يشكل القرناء والرتقاء التي أصابها بلا منعة من الجماع، أو عجوز لا يمكن وطئها، فإن لهن النفقة مع أن امتناع الوطء جاء من قبلهن.

قلنا: ما فات الانتفاع من كل وجه؛ بل الانتفاع من حيث الدواعي حاصل فيهن، بأن يجاء معهن فيما دون الفرج؛ لأنهن مشتهاة، بخلاف الصغيرة فإنها غير مشتهاة. قالوا: فعلى قول هذا التعليل، إذا كانت الصغيرة مشتهاة ويمكن جماعها فيما دون الفرج؛ تجب نفقتها. كذا في الذخيرة.

وفيه: عن أبي يوسف: في الرتقاء والمريضة التي لا يمكن وطئها؛ لا نفقة لها قبل النقلة، ولو انتقلت بغير رضاه فله ردها إلى أهلها، وإن نقلها مع علمه بذلك؛ لا يردها ولها النفقة؛ للتسليم القاصر. وروى عن محمد في الرتقاء كقول أبي يوسف.

قوله: (وإن كان الزوج صغيرًا) إلى آخره: وعليه الجمهور.

وقال مالك: لا نفقة لها. ولو كانا صغيرين لا يطيقان الجماع؛ لا نفقة لها بالإجماع؛ لأن المنع جاء من جهتها، وأكثر ما في الباب أن يجعل المنع من

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

لَا يَقدِرُ عَلَى الوَطءِ، وَهِيَ كَبِيرَةٌ فَلَهَا النَّفَقَةُ مِن مَالِهِ) لِأَنَّ التَّسلِيمَ قَد تَحَقَّقَ مِنهَا، وَإِنَّمَا العَجزُ مِن قِبَلِهِ فَصَارَ كَالمَجبُوبِ وَالعِنِّينِ.

(وَإِذَا حُبِسَت المَرأَةُ فِي دَين فَلَا نَفَقَةَ لَهَا) لِأَنَّ فَوتَ الِاحتِبَاسِ مِنهَا بِالمُمَاطَلَةِ، وَإِن لَم يَكُن مِنهَا، بِأَن كَانَت عَاجِزَة فَلَيسَ مِنهُ، وَكَذَا إِذَا غَصَبَهَا رَجُلٌ كُرهًا فَذَهَبَ بِهَا. وَعَن أَبِي يُوسُفَ: أَنَّ لَهَا النَّفَقَةَ، وَالفَتوَى عَلَى الأَوَّلِ. لِأَنَّ فَوتَ

قبله كالمعدوم، فالمنع من قبلها قائم، وبه لا تستحق النفقة، ولهذا لا تجب نفقة الصغيرة على المجبوب. كذا في الذخيرة.

وقوله: (لأنها عوض عن الملك عنده)(١): هذا قوله القديم، وقد رجع عنه.

قوله: (وَلَا يَجْتَمِعُ العِوَضَانِ عَنْ مُعَوَّضٍ)(٢): قيل: هذا غير لازم؛ فإنه لو تزوجها على ألف درهم وعبد؛ يجوز ويكون الكل عوضًا، فكذا النفقة مع غيرها.

أجيب: هذا غير قوي؛ لأن ما يجب عوضًا عن الملك في المحل يجب حمله؛ لأن الملك في المحل يحصل للزوج حمله، والنفقة تجب عن الاحتباس شيئًا فشيئا، ولا يجوز أن تكون النفقة عوضًا عن الاستمتاع؛ لأن ذلك تصرفًا في ملكه، فلا يجب عليه عوضًا.

واختلفوا في حد مبلغ الاشتهاء، قيل: تسع سنين، والصحيح: أنه لا عبرة للسن، وإنما العبرة للاحتمال والقدرة.

قوله: (وعن أبي يوسف: أن لها النفقة)(٣)؛ لأنه لا منع من جهتها. واختاره السعدي، والفتوى على الأول؛ وهو أن لا نفقة لها. [٥٠٧/أ]

والمعنَى فيه: أن النفقة عوض عن الاحتباس في بيته، فإن كان الفوات لمعنى من جهته؛ جعل ذلك الاحتباس باقيًا تقديرًا.

أما إذا كان الفوات لا لمعنى من جهته، فلا يمكن أن يجعل ذلك الاحتباس باقيًا تقديرًا، وبدونه لا تجب النفقة، وهو نظير ما لو غصب العين من يد المستأجر.

---

(١) انظر المتن ص ٦٢٦.
(٢) انظر المتن ص ٦٢٦.
(٣) انظر المتن ص ٦٢٨.

الِاحتِبَاسِ لَيسَ مِنهُ لِيُجعَلَ بَاقِيًا تَقدِيرًا، وَكَذَا إِذَا حَجَّت مَعَ مَحرَم، لِأَنَّ فَوتَ الِاحتِبَاسِ مِنهَا. وَعَن أَبِي يُوسُفَ: أَنَّ لَهَا النَّفَقَةَ، لِأَنَّ إِقَامَةَ الفَرضِ عُذرٌ، وَلَكِن تَجِبُ عَلَيهِ نَفَقَةُ الحَضَرِ دُونَ السَّفَرِ، لِأَنَّهَا هِيَ المُستَحِقَّةُ عَلَيهِ، وَلَو سَافَرَ مَعَهَا الزَّوجُ تَجِبُ النَّفَقَةُ بِالِاتِّفَاقِ، لِأَنَّ الِاحتِبَاسَ قَائِمٌ لِقِيَامِهِ عَلَيهَا، وَتَجِبُ نَفَقَةُ الحَضَرِ دُونَ السَّفَرِ، وَلَا يَجِبُ الكِرَاءُ لِمَا قُلنَا ....

وفي الوجيز: تسقط النفقة بفوات النفقة؛ لفواته من جهته.

قوله: (**إذا حجت مع محرم**)؛ أي: بدون الزوج.

وفي الذخيرة: لو حجت حجة الإسلام، فإن كان قبل تسليم نفسها فلا نفقة لها. ولو بنى الزوج بها، ثم حجت مع محرم؛ فلها النفقة في قول أبي يوسف. وقال محمد: لا نفقة لها.

وقال الشافعي: لو حجت فرضًا أو نفلًا بغير إذنه لا نفقة لها، وبإذنه ذهب معها فلها النفقة، وكذا إن لم يكن معها في أظهر القولين.

وقال أحمد: لو أحرمت من الميقات لها النفقة، وقبله أو قبل الميقات لا؛ لأنه تفويت التمكين شيء مستغنًى عنه، وفي صوم التطوع تسقط نفقتها.

ثم على قول أبي يوسف: تفرض لها نفقة الإقامة دون السفر، يعني: يعتبر ما كان قيمة للطعام في الحضر، لا ما كان قيمة له في السفر؛ لأن الزيادة لحقتها بأداء منفعة تحصل لها، فلا يكون ذلك على الزوج، كالمريضة لا يستحق الدواء عليه.

ولو سافر معها الزوج يجب عليه بالاتفاق، وبه قال الشافعي، لكن نفقة الحضر لما قلنا.

قوله: (**لما قلنا**)؛ إشارة إلى قوله: (**لأنها هي المستحقة**).

وأجمعوا على أن الصوم والصلاة في منزلها، إلا أنها غير مانعة نفسها بغير حق، أو مانعة بحق؛ تجب النفقة في ظاهر الرواية. وكذلك الرتقاء والقرناء على ما ذكرنا؛ لحصول الانتفاع بالدواعي والاستئناس.

وفي الذخيرة: عن أبي يوسف: في الرتقاء والقرناء والمريضة التي لا يمكن

(وَإِن مَرِضَت فِي مَنزِلِ الزَّوجِ فَلَهَا النَّفَقَةُ) وَالقِيَاسُ: أَن لَا نَفَقَةَ لَهَا إِذَا كَانَ مَرَضًا يَمنَعُ مِن الجِمَاعِ لِفَوتِ الِاحتِبَاسِ لِلِاستِمتَاعِ.

وطئها؛ لا نفقة لها قبل النقلة، وإن انتقلت بغير رضاه فله ردها إلى أهلها، ولو انتقلت مع علمه بذلك لا يردها، ولها النفقة بالتسليم القاصر.

وعن محمد في الرتقاء قبل نقل الزوج بنفسه؛ كقول أبي يوسف، بخلاف ما لو مرضت في منزل الزوج، قال أبو يوسف: إلا أن يتطاول مرضها فيكون بمنزلة الرتق عنده؛ لأن النكاح يعقد للصحبة والألفة، وليس من الألفة أن يمتنع عن الإنفاق ويردها بقليل مرض.

قوله: (وفي لفظ الكتاب)[١] وهو **قوله: (وإن مرضت في منزل الزوج)**، وهو عبارة عن تسليم نفسها صحيحة ثم مرضت في منزله.

وفي الجامع الصغير: مرضت في منزله أو زُفَّتْ عليه كالرتق والقرن.

وقال مالك والشافعي وأحمد: يجب النفقة في الرتقاء والقرناء والمريضة والمجنونة، وكذا لو حدث فيها شيء من ذلك في بيته؛ لأن الاستمتاع بها ممكن من وجه.

ولو ادعت ضررًا في وطئه لضيق فرجها أو قروح به وأنكره، أو ادعت عبالة ذكره -أي: كبره- ينظر إليها امرأة ثقة عندنا، وعند مالك امرأتان، وعند الشافعي أربع.

في الجامع: لو منعت نفسها لاستيفاء مهرها تجب، وعند أبي يوسف لا تجب.

وكذا لو منعت نفسها بعد الدخول؛ لا تجب عند أبي يوسف. وقد مرت في النكاح.

ولو سلمها أبوها وهي مراهقة فوطئها الزوج؛ فللأب منعها اتفاقًا؛ لعدم صحة التسليم. ذكره الشهيد.

ولا يشترط في المكاتبة التبوئة، فلو بوأ الأمة حتى وجبت نفقتها؛ فله أخذها وتسقط؛ لأن التبوئة إعارة لا لزوم فيها، ولم يكن حقها.

---

(١) انظر المتن ص ٦٣٠.

وَجهُ الِاستِحسَانِ: أَنَّ الِاحتِبَاسَ قَائِمٌ فَإِنَّهُ يَستَأنِسُ بِهَا وَيَمَسُّهَا وَتَحفَظُ البَيتَ، وَالمَانِعُ بِعَارِض فَأَشبَهَ الحَيضَ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهَا إِذَا سَلَّمَت نَفسَهَا ثُمَّ مَرِضَت تَجِبُ النَّفَقَةُ لِتَحَقُّقِ التَّسلِيمِ، وَلَو مَرِضَت ثُمَّ سَلَّمَت لَا تَجِبُ، لِأَنَّ التَّسلِيمَ لَم يَصِحَّ، قَالُوا: هَذَا حَسَنٌ. وَفِي لَفظِ الكِتَابِ مَا يُشِيرُ إِلَيهِ[*]. قَالَ: (وَتُفرَضُ عَلَى الزَّوجِ النَّفَقَةُ إِذَا كَانَ مُوسِرًا وَنَفَقَةُ خَادِمِهَا) المُرَادُ بِهَذَا بَيَانُ نَفَقَةِ الخَادِمِ، وَلِهَذَا ذُكِرَ فِي بَعضِ النُّسَخِ: وَتُفرَضُ عَلَى الزَّوجِ إِذَا كَانَ مُوسِرًا نَفَقَةُ خَادِمِهَا.

قوله: (والمراد بهذا: بيان نفقة الخادم): هذا عذره في نفي التكرار، يعني: لما ذكرت وجوب نفقتها عليه، لماذا أعادها ههنا؟ فأجاب بهذا.

وفي إيجاب نفقة خادمها إجماع الأئمة الأربعة.

وقالت الظاهرية: لا تجب نفقة الخادمة؛ لأنه ما جاء فيه خبر يعتمد عليه.

وفي الإسْبِيجابي والينابيع: إن كان لها خادم متفرغ بخدمتها، ليس له شغل غير خدمتها؛ فرض له النفقة بالمعروف.

وفي الذخيرة: إن لم يكن لها خادم؛ لا يفرض له في ظاهر الرواية عن أصحابنا الثلاثة، وبه قال أحمد وأكثر أصحاب الشافعي.

وفي المبسوط: عن زفر: يفرض نفقة خادم واحد؛ لأن على الزوج أن يقوم بمصالح طعامها وحوائجها، فإذا لم يفعل ذلك أعطاها نفقة خادم، ثم هي[٥٠٧/ب] تقوم بذلك بنفسها، أو تتخذ خادمًا.

وجه الظاهر: أن استحقاق نفقة الخادم باعتبار ملكه، فإذا لم يكن [له][(١)] خادم، كيف يستوجبه؟ كالغازي إذا كان راجلًا لا يستحق سهم الفرس، وإن ظهر غنا الفرس في القتال[(٢)].

ثم اختلف مشايخنا في الخادم:

قيل: المملوك لها، حتى إذا كانت حرة أو غير مملوكة لها؛ لا يستحق.

(*) الراجح: هو ظاهر الرواية.
(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسَّرَخسِي (٥/ ١٨٢).

وَوَجهُهُ: أَنَّ كِفَايَتَهَا وَاجِبَةٌ عَلَيهِ، وَهَذَا مِن تَمَامِهَا إِذ لَا بُدَّ لَهَا مِنهُ (وَلَا وتُفرَضُ لِأَكثَرَ مِن نَفَقَةِ خَادِمٍ وَاحِد) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: تُفرَضُ لِخَادِمَينِ(*)، لِأَنَّهَا تَحتَاجُ إِلَى أَحَدِهِمَا لِمَصَالِحِ الدَّاخِلِ وَإِلَى الآخَرِ لِمَصَالِحِ الخَارِجِ. وَلَهُمَا: أَنَّ الوَاحِدَ يَقُومُ بِالأَمرَينِ فَلَا ضَرُورَةَ

وقيل: كل من يخدمها، حرة كانت أو مملوكة لها أو لغيرها، وينبغي أن [تنقص](١) نفقة خادمها عن نفقتها، أي: في حق الإدام لا الخبز؛ لأنه تبع لها.

ولو كان الزوج معسرًا؛ لا تفرض نفقة خادمها وإن كان لها خادم، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة، وهو الأصح.

وعند محمد: تجب نفقة خادمها إذا كان لها خادم، فهي لم تكتف بخدمة نفسها، فيجب عليه نفقة خادمها، كما لو كان موسرًا. وبقوله: قالت الشافعية؛ حيث جعلوها مدًّا على المعسر والمتوسط والمقتر، فسووا بين القادر والعاجز.

وجه رواية الحسن: أنها قد تكتفي بخدمة نفسها، واستعمال الخادم لزيادة التنعم، فيعتبر في حالة اليسار لا الإعسار؛ لأن المعسر تلزمه أدنى الكفايات.

قوله: (لأكثر من نفقة خادم عند أبي حنيفة ومحمد) وهو قول الجمهور، منهم الأئمة الأربعة.

قوله: (لمصالح الخارج)؛ أي: خارج البيت، وهو نظير الخلاف في الغازي إذا حضر بأفراس؛ يستهم لفرس واحد عندهما، ولفرسين عنده.

وفي فتاوى أهل سمرقند: وفي الكرد إذا كانت من بنات الأشراف وذوي الأقدار، ولها خادم أو خدم كثيرة؛ يجبر على نفقة خادمين: أحدهما للخدمة، والآخر للرسالة.

وعن أبي يوسف في رواية أخرى: إذا كانت فائقة الغنى ولها خدم كثيرة، وزفت إليه كذلك؛ استحقت نفقة الخدم كلها، وهي رواية عن محمد، واختاره الطحاوي.

(*) الراجح: قول أبي يوسف.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

إِلَى اثنَينِ، وَلِأَنَّهُ لَو تَوَلَّى كِفَايَتَهَا بِنَفسِهِ كَانَ كَافِيًا، فَكَذَا إِذَا أَقَامَ الوَاحِدُ مَقَامَ نَفسِهِ، وَقَالُوا: إِنَّ الزَّوجَ المُوسِرَ يَلزَمُهُ مِن نَفَقَةِ الخَادِمِ مَا يَلزَمُ المُعسِرُ مِن نَفَقَةِ امرَأَتِهِ وَهُوَ أَدنَى الكِفَايَةِ. وَقَولُهُ فِي الكِتَابِ: إِذَا كَانَ مُوسِرًا: إِشَارَة إِلَى أَنَّهُ لَا تَجِبُ نَفَقَةُ الخَادِمِ عِندَ إِعسَارِهِ وَهُوَ رِوَايَةُ الحَسَنِ عَن أَبِي حَنِيفَةَ، وَهُوَ الأَصَحُّ خِلَافًا لِمَا قَالَهُ مُحَمَّدٌ، لِأَنَّ الوَاجِبَ عَلَى المُعسِرِ أَدنَى الكِفَايَةِ وَهِيَ قَد تَكتَفِي بِخِدمَةِ نَفسِهَا.

ولو كانت الزوجة أمة فلا نفقة لخادمها. ولو كان له أولاد [لا][(١)] يكفيهم خادم واحد؛ فرض عليه لخادمين أو أكثر.

فروع

ولو أخذت نفقة شهر بعد فرض القاضي [ثم ظهر النكاح فاسد، يرجع عليها بما أخذت، ولو أنفق عليها بغير فرض القاضي][(٢)] لم يرجع عليها بشيء.

في الفتاوى: اتُّهم رجل بامرأة، فظهر بها حبل، فَزُوِّجت منه، فإن لم يقر بأن الحبل [منه][(٣)] كان النكاح فاسدًا عند أبي يوسف، وعندهما صحيح، فتستحق النفقة.

وذكر في موضع آخر: لا تستحق النفقة عندهما أيضًا؛ لأنه ممنوع عن وطئها.

ولو أقر أنه منه؛ يجب النفقة بالاتفاق، لصحة النكاح عند الكل، وحل وطئها.

ولو اختلفا في العسرة واليسرة؛ فالقول له مع يمينه، والبينة لها، وبه قال الشافعي وأبو ثور.

وذكر في الزيادات: أن القول لها مع يمينها.

وفي الينابيع: يفرض لها في الشتاء إن كَانَ مُوسِرًا دِرْعٌ يَهُودِيٌّ أَوْ هَرَوِيٌّ، وَمِلْحَفَةٌ دِينَوَرِيَّةٌ، وَخِمَارٌ إِبْرَيْسَمَ، وَكِسَاءٌ أَذْرَبِيجَانِيٌّ، وَلِخَادِمِهَا قَمِيصٌ زُطِّيٌّ، وَإِزَارٌ كَرَابِيسُ، وَكِسَاءٌ رَخِيصٌ.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

....

وفي الصيف: دِرْعٌ سَابُورِيٌّ، وسابور بفارس، وَخِمَارٌ إِبْرَيْسَمٌ، وَمِلْحَفَةٌ كَتَّانٌ.

ولو كان الزوج من أعيان الناس؛ فلها في الشتاء دِرْعٌ يَهُودِيٌّ، وَمِلْحَفَةٌ هَرَوِيٌّ، وَجُبَّةٌ خز، أَوْ دِرْعٌ قزٌّ، وَخِمَارٌ إِبْرَيْسَمُ ولحاف. وَلِخَادِمِهَا قَمِيصٌ يَهُودِيٌّ، وَإِزَارٌ وَجُبَّةٌ، وَكِسَاءٌ وَخُفَّيْن.

وفي النوازل: لا يجب للزوج ملاءة ولا خفاف.

وفي الذخيرة: لا يفرض لخادمها خمار، ويفرض لها الْمُكْعَب والخُفُّ.

وقال محمد في الكتاب: كسوتها في الشتاء عَلَى الْمُعْسِرِ؛ دِرْعٌ يَهُودِيٌّ، وَمِلْحَفَةٌ زُطِّيَّةٌ، وَخِمَارٌ سَابُورِيٌّ أَرْخص مَا يَكُونُ مِمَّا يُدْفِئُهَا. وعلى الموسر؛ دِرْعٌ يَهُودِيٌّ أَوْ هَرَوِيٌّ، وَمِلْحَفَةٌ دِينَورِيَّةٌ، وَخِمَارُ إِبْرَيْسَمَ، وَكِسَاءٌ أَذْرَبِيجَانِيٌّ. ولها في الصيف دِرْعٌ سَابُورِيٌّ، وَمِلْحَفَةٌ كَتَّانٌ، وَخِمَارٌ إِبْرَيْسَمٌ.

وذكر في الأصل: الدرع والخصاف القميص، وهما سواء، إلا أن الدرع يكون مجيبًا من قبل الصدر، والقميص من قبل الكتف.

وذكر الحلواني: توسع الخصاف، وأجازه للنساء. والملحفة هي الملاءة.

قال الخصاف: هي شبه الرداء، غير أن الرداء دون الملحفة في العرض.

وقيل: الملحفة: ما يلبس بالليل للتغطية.

ثم إن محمدًا لم يوجب الإزار، وأوجب الخصّاف في الشتاء دون الصيف.

قال السَّرَخْسي: إنما لم يوجبه محمد؛ لأنه للخروج، وليس لها ذلك، ولهذا لم يوجبوا لها المكعب والخف.

وقيل: اختلاف عرف وزمان، ففي زمن محمد قعود المرأة في بيتها بلا إزار، وفي زمن الخصاف كانت في بيتها مع السراويل، [٥٠٨/أ] لكن في الصيف لا يمكنها ذلك؛ لشدة الحر، ويجب في الشتاء لها اللحاف وفراش النوم.

ويجب على القاضي اعتبار الكفاءة بالمعروف في كل وقت ومكان.

وفي آدب القاضي للخصّاف: يفرض على الفقير قميص ومقنعة وملحفة

....

باعتبار الحال، وتزاد في الشتاء سراويل وجبة على قدر عسرته ويسرته.

قال الشهيد: لم يذكر الخصاف السراويل في كسوة الصيف، بل ذكرها في كسوة الشتاء، ومحمد لم يذكرها في المبسوط أصلًا.

قيل: العرف إيجابها في الشتاء والصيف، فالقاضي ينظر إلى عرف كل قوم.

قال الشهيد: أما في عرف ديارنا يقضي بالسراويل لها وبالجبة في الشتاء.

وقضى مالك أنه لا يلزمه الحرير وإن كان متسع الحال.

قال القاضي: هذا على عادة أهل المدينة.

وقال عبد الملك من أصحابه: إن كان معها جهاز عمل من صداقها فليس عليه سواها، وإن كان لم يعمل من صداقها، أو عمل ولكن طال الزمان وخَلِقَ الجهاز؛ فعليه كسوتها للشتاء والصيف مما لا غنا للنساء عنه.

وقال أحمد: يرجع في كسوتها إلى اجتهاد الحاكم على قدر يسرتها وعسرتها.

وعند الشافعي: أقل الكسوة ثلاثة أثواب في الصيف، وأربعة في الشتاء؛ وهي قميص لجسدها، وقناع لرأسها، وسراويل أو مئزر لوسطها، والرابع جبة للنساء، ولا تجب الملحفة؛ لأنها للخروج، والزوج يمنعها.

ويعتبر في جنس الثياب عادة بلدها؛ فيفرض لامرأة الموسر مرتفع ناعم من ذلك الجنس، إن كان كتانًا فمن الكتان، وإن كان إبريسم فمن الإبريسم، وإن كان قطنًا فمن القطن.

وفي أدب القاضي للخصاف: فرض لها ما تحتاج إليه من الدقيق والدهن واللحم والإدام، فقال: لا أخبز ولا أعجن ولا أطبخ ولا أعالج شيئًا من ذلك؛ لا تجبر عليه، وعليه أن يأتي بمن يكفيها عمل ذلك.

قال أبو الليث: هذا إذا كان بها علة لا تقدر على الطبخ والخبز، أو كانت ممن لا تباشر بنفسها، أما لو كانت تقدر وهي ممن تخدم نفسها؛ لا يجب عليه أن يأتي بمن يفعل ذلك.

(وَمَن أَعسَرَ بِنَفَقَةِ امرَأَتِهِ ....

والمستحب له إذا كانت فقيرة أن يأكل معها مما تأكله.

قال السَّرَخْسِي: له أن يمتنع من الإدام ويعطيها خبز البُر، بخلاف الشعير؛ فإنه لا بد من الإدام معه. ولو طلبت الفواكه لا يجب عليه.

وقال الشافعي: يعتبر في الأدم الأدهان كما ذكرناه. في المغني: هذا تحكم بلا دليل.

ويفرض لها الكسوة في كل ستة أشهر، والنفقة في أول كل شهر؛ لتعذر الفرض على القاضي في كل يوم.

قال السَّرَخْسي: تقدير محمد الفرض في كل شهر ليس بلازم، والمحترف يفرض يومًا بيوم، وإن كان من التجار وأرباب الأجر يفرض عليه شهرًا بشهر، وإن كان من الدهاقين يفرض عليه سنة فسنة، والصنّاع الذي لا يفرغ عملهم إلا بانقضاء أيام الأسبوع تفرض عليهم كذلك.

وعند الشافعي وأحمد: يفرض في أول كل يوم عند طلوع الشمس.

ولو كانت تلبس يومًا وتترك يومًا توفيرًا؛ يجدد لها الكسوة إذا فرغ الفصل، وإن لبست دائمًا ولم يتخرّق؛ لم يجدد لها إذا فرغ الفصل، وظهر الغلط في التقدير، فإن عند الشافعي تفرض الكسوة في كل ستة أشهر.

وإذا انقضت المدة والكسوة باقية، هل يلزم تجديدها؟ فيه وجهان: أصحهما: يلزمه، والثاني: لا يلزمه.

قوله: (ومن أعسر بنفقة امرأته) إلى آخره: وبقولنا: قال الزهري، وعطاء بن يسار، والحسن بن أبي الحسن البصري، والثوري، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وحماد بن أبي سليمان، والظاهرية.

معنى الاستدانة: أن تشتري الطعام على أن يُؤدّي الزوج ثمنه.

وقال الخصاف: معنى الاستدانة: الشراء بالنسيئة ليُقضَى الثمن من مال الزوج.

....

وقال الشافعي: يفرق بينهما، وبه قال مالك وأحمد.

وعلى هذا الخلاف: العجز عن الكسوة، والعجز عن المسكن.

وفي المهذب: في العجز عن المسكن وجهان.

وقال أبو نصر من أصحابه: في العجز عن الكسوة والمسكن يفسخ قولًا واحدًا، وهذا التفريق فسخ عند الشافعي وأحمد. وقال مالك: طلاق.

وفي مدة حكم القاضي بالتفريق قولان، في القديم: يوم إعساره، وفي الجديد: يمهل ثلاثة أيام.

ولو غاب عنها ولم يعرف موضعه لم يثبت لها الفسخ؛ لعدم ثبوت إعساره.

قال القاضي أبو الطيب: لو تعذرت النفقة عليها بغيبته؛ ثبت لها [٥٠٨/ب] الفسخ، وله وجه جيد. كذا في الحلية[١].

ولو رضيت بالمقام معه مع عسرته، أو تزوجت عالمة بإعساره، ثم عَنَّ لها طلب الفسخ؛ فلها ذلك عند الشافعي وأحمد. وعند مالك: ليس لها ذلك.

قال القاضي من الحنابلة: وهو ظاهر قول أحمد.

وللشافعي في الفسخ عن الإعسار عن الصداق الواجب ثلاثة أقوال: أحدها: له الفسخ قبل الدخول وبعده. والثاني: لا خيار لها لا قبل الوطء ولا بعده، وهو اختيار المزني.

والثالث: لها الفسخ قبل الدخول لا بعده، واختاره المروزي وأكثرهم.

ولو امتنع الزوج من الإنفاق عليها مع اليسر؛ لم يفرّق، ويبيع الحاكم عليه ما له، ويصرفه في نفقتها، فإن لم يجد ماله؛ يحبسه حتى ينفق عليها ولا يفسخ. ولو عجز عن تقوّم ووجد نفقة يوم؛ لها الفسخ.

والنساج إذا كان لا يفرغ من نسجه إلا بعد أسبوع، ونسجه يكفي لنفقة أسبوع؛ فلا خيار لها، وتستدين على نفسها، أو تأكل من مالها أو من الصدقات

---

(١) حلية العلماء للشاشي (٧/٤٠٦).

لَم يُفرَّق بَينَهُمَا، وَيُقَالُ لَهَا: استَدِينِي عَلَيهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُفَرَّقُ، لِأَنَّهُ عَجَزَ عَن الإِمسَاكِ بِالمَعرُوفِ فَيَنُوبُ القَاضِي مَنَابَهُ فِي التَّفرِيقِ كَمَا فِي الجَبِّ وَالعِنَّةِ، بَل أَولَى لِأَنَّ الحَاجَةَ إِلَى النَّفَقَةِ أَقوَى.

والكفّارات.

ثم النجّار والحمّال والبنّاء وغيرهم من الصنّاع، إذا تعذر عليهم العمل مدة؛ لم يكن لها الفسخ إلا أن يكون التعذر غالبًا. ولو كان له دين على موسر لا يوفي؛ يحبس حتى يوفي، ولا يفسخ حياة الزوجة. وإذا أمهل ثلاثة أيام يخرج للاكتساب في الثلاث نهارًا.

وعن مالك: يؤجّل شهرًا ونحوه، وفي المهر يؤجّل عامين.

احتج الشافعي ومن تابعه: بما روي عن ابن المسيب أنه سئل عن ذلك، فقال: "يفرّق بينهما" قيل: سَنة؟ قال: سَنة. قال الشافعي: قوله (سُنّة) أي: سُنّة رسول الله ﷺ.

وبما روي عن أبي هريرة، أن رسول الله ﷺ قال في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته: «**يفرّق بينهما**»[(١)] رواه الدارقطني.

وبما روى عن حديث أبي هريرة أنه عليه السلام قال: «**امرأتك تقول: أطعمني وإلا فارقني**»[(٢)]. رواه البخاري وغيره.

وقاسوه بالعنّة والجبّ، قال الشافعي: بل أولى؛ لأن البدن يقوم بترك الجماع ولا يقوم بترك الغداء، فإن منفعة الجماع مشترك بينهما، فإذا ثبت في المشترك؛ ففي المختص أولى.

واعتبروه بنفقة العبد عند العجز، فإنه يأمر ببيعه، وبالمبيع إذا أعسر بثمنه.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ١٨٠] وهذا عام في إنظار معسر بحق. وقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِن فَضْلِهِ﴾ [النور: ٣٢]، فإذا كان الفقر غير

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤/ ٤٥٥ برقم ٣٧٨٣) من حديث سيدنا أبو هريرة رضي الله عنه.
(٢) أخرجه البخاري بنحوه (٧/ ٦٣ برقم ٥٣٥٥) من حديث سيدنا أبو هريرة رضي الله عنه.

وَلَنَا: أَنَّ حَقَّهُ يَبطُلُ وَحَقَّهَا يَتَأَخَّرُ، وَالأَوَّلُ أقوَى فِي الضَّرَرِ، وَهَذَا لِأَنَّ النَّفَقَةَ تَصِيرُ دَينًا بِفَرضِ القَاضِي فَتَستَوفِي الزَّمَانَ الثَّانِي، ....

مانع ابتداء النكاح [والفقير عندهم مَنْ لا شيء له؛ فالبقاء أسهل. وقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَاۚ سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾](١) فدل على أن من لم يقدر على النفقة لا يكلف الإنفاق، فإذا لم يكن مكلفًا إليها لم تكن واجبة، فلا يجوز التفريق بعجزه.

وروي عن أبي بكر في عائشة: لو طلَبَتِ النفقةَ لقمتُ إليها فوجَأْتُ عُنُقَها. وكذا روى عن عمر في حفصة، ومن المحال أن يضرّ بطالب حق.

ولأن الصحابة كانت يعسرون ويحتاجون، ولم يفرق بينهم وبين نسائهم. ولأن حق الزوج وهو ملك النكاح يبطل بالتفريق، وفي ترك التفريق تأخير حقها؛ لأن النفقة تصير دَيناً على الزوج، وضرر التأخير دون ضرر الإبطال، بخلاف ما ذكر من العنة والجبِّ، فإن وظيفة الجماع لا تصير دينًا على الزوج بمضي المدة، فكان في ترك التفريق بطلان حقها، فاستوى الجانبان في ضرر الإبطال [وترجح جانبها لصدق حاجتها، وبه فارق المملوك فالضرر ثم ضرر الإبطال](٢) لأن نفقته لا تصير دينًا على المالك. ولأن فيه إبطال حقه بلا خلاف، وفي البيع إبطال ملك المولى ببدل، فكان هذا الضرر أهون، حتى لو عجز عن نفقة أم ولدها لا يعتقها القاضي عليه؛ لأنه يكون إبطالًا بلا بدل، وبه تبين أنه غير عاجز عن معروف يليق بحاله، وهو الالتزام في الذمة، فلا يجب التسريح بالإحسان.

ولأن النفقة مال كالمهر والنفقات المجتمعة، فالعجز عنها لا يوجب الفرقة؛ لأن المقصود من النكاح التوالد والتناسل، والمال فيه زائد، فالعجز عن البيع لا يكون سببًا لدفع الأصل، بخلاف الجب والعنة، فإن الزوج يمسكها بلا حاجة إليها فيما هو المقصود، فكان ظالمًا هناك، مع حاجة إليها فيما هو المقصود، فكان ظالمًا، وهنا يمسكها مع حاجته إليها فيما هو المقصود، فلا

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَفَوتُ المَالِ وَهُوَ تَابِعٌ فِي النِّكَاحِ لَا يَلحَقُ بِمَا هُوَ المَقصُودُ وَهُوَ التَّنَاسُلُ. وَفَائِدَةُ

يكون ظالمًا، وهذا معنى **قوله: (وفوت المال وهو تابع)** إلى آخره.

ومسألة المبيع إذا أعسر عن ثمنه ممنوع عندنا، مع أن البضع بعد الدخول مستهلك، ولا فسخ في المبيع بعد استهلاله، فقياسهم عن المبيع باطل؛ لمخالفة النكاح المبيع من وجوه.

والجواب عن قول ابن المسيب أنه سُنة: إنما [٥٠٩/أ] روى ذلك [عنه][١] عبد الرحمن بن أبي زياد، قال ابن حزم: هو لا شيء، فسقط الاحتجاج به.

وقال الطحاوي في جوابه: أنه لا يقع قوله: **(سُنّة)** أنه سنة رسول الله ﷺ، فإن زيد بن ثابت كان يقول: المرأة كالرجل في الأرش إلى ثلث الدية، فإن زاد عن الثلث؛ فحالها على النصف من حال الرجل.

قال ربيعة بن أبي عبد الرحمن: قلت لابن المسيب: ما تقول فيمن قطع إصبع امرأة؟ قال: عشر من الإبل، قلت: وإن قطع إصبعين منها، قال: عشرون من الإبل، قلت: فإن قطع ثلاثًا، قال: ثلاثون من الإبل، قلت: سبحان الله، لما كثر ألمها واشتد مصابها قلَّ أرشها، قال: إنه السنة.

قال الطحاوي: لم [يكن][٢] ذلك إلا عن زيد، فسمى قوله سنة.

قال ابن حزم: خالف ابن المسيب عمر وعليًّا وغيرهما، والعجب من المالكية جعلوا قول ابن المسيب أنه السنة حجة مع مخالفة الصحابة.

ولأنه مرسل، والشافعي لا يجعل المرسل حجة، ولو قالوا الشافعي استثناه، وقال: تتبعتها فوجدتها مسانيد، ولا شك أن الشافعي لم يستقرئ جميع مراسيل ابن المسيب ولا غيره، ولا تقل عن ابن المسيب أنه ما أرسل قط إلا ما كان مرفوعًا صحيحًا فلا يكون حجة، والقاعدة في العمل بالمرسل عنده أحد أمور أربعة: أن يروى من طريق آخر مرسلًا أو مرفوعًا، أو يعمل به بعض الصحابة. ذكر البيهقي هذه القاعدة عنه. وفي هذا لا فرق بين مراسيل ابن المسيب وغيره.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

الأمرِ بِالِاستِدَانَةِ مَعَ الفَرضِ، ....

وقال ابن حزم: قد روي عن ابن المسيب قولين مختلفين، فأيهما كان السنة والآخر خلاف السنة، فبطل قوله: السنة؛ لاضطرابه ومخالفة بعضه بعضا.

وذكر عنه في الاستدراك لابن عبد البر كقولنا.

والجواب عن قول أبي هريرة: "امرأتك تقول: أَطعمني وإلا طلقني" قالوا: يا أبا هريرة، سَمِعتَ هذا من رسول الله ﷺ؟ قال: لا، هذا من كيس أبي هريرة. رواه كذلك عنه البخاري في صحيحه.

ولأن ذلك من قول المرأة، وليس فيه أن الرجل يلزم به، ولأن هذا الحديث لم يذكر في المعسر، والخلاف في المعسر والموسر لا يلزم بالطلاق.

والجواب عن حديث أبي هريرة برواية الدارقطني: [أن الدارقطني][(١)] تفرد به، ولم يذكر في الكتب ولا في غيرها من الدواوين المشهورة.

قال ابن المنذر: النكاح ثبت بالإجماع، فلا يفرق إلا بسُنّة ثابتة عن رسول الله ﷺ بلا معارض، وهذا دليل على أن الحديث غير ثابت، وقد ضعفه ابن حزم.

وقال البرقاني: هو ضعيف عندنا.

وقال أبو بكر بن عبد البر: هذا لا يدخل في الصحيح، والدارقطني كان يخطئ ويُصِرُّ على الخطأ، وكان قد حدث به اختلاط، وتكلم فيه ابن علية، قال يحيى بن سعيد: في حفظ الدارقطني شيء.

والعجب من الشافعية، قالوا: إذا كان المدّ لا يشبعها؛ يخير الزوج بين أن يتم لها شبعًا وبين أن يمكنها من الاكتساب للقدر الذي يتم به شبعها ولا يفسخ، ولو عجز عن عُشْرِ المدّ يفسخ، ولا يكلف للاكتساب، وإن حصلت الكفاءة بتسعة أعشار المد.

وقيل: قياسهم على المكاتب إن عجز عن نجم، والجب والعنة فاسد؛ لأن الكتابة ملحقة بالبيع، ولهذا يبطل بالشروط الفاسدة في صلب العقد، وإذا كانت

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

أَن يُمَكِّنَهَا إِحَالَةَ الغَرِيم عَلَى الزَّوجِ، فَأَمَّا إِذَا كَانَت الاستِدَانَةُ بِغَيرِ أَمرِ القَاضِي، كَانَت المُطَالَبَةُ عَلَيهَا دُونَ الزَّوجِ.

(وَإِذَا قَضَى القَاضِي لَهَا بِنَفَقَةِ الإِعسَارِ ثُمَّ أَيسَرَ فَخَاصَمَتهُ تَمَّمَ لَهَا نَفَقَةَ المُوسِرِ) لِأَنَّ النَّفَقَةَ تَختَلِفُ بِحَسَبِ اليَسَارِ وَالإِعسَارِ، وَمَا قَضَى بِهِ تَقدِيرٌ لِنَفَقَةٍ لَم تَجِب، فَإِذَا تَبَدَّلَ حَالُهُ فَلَهَا المُطَالَبَةُ بِتَمَامِ حَقِّهَا.

(وَإِذَا مَضَت مُدَّةٌ لَم يُنفِق الزَّوجُ عَلَيهَا وَطَالَبَتهُ بِذَلِكَ فَلَا شَيءَ لَهَا إِلَّا أَن يَكُونَ

ملحقة بالمعارضة المالية؛ جاز أن يثبت الفسخ بفواته، ولا بدل الكتابة بمقابلة العقد، وما وجب بالعقد جاز أن يفسخ بالعجز عنه، كما قلتم في ثمن المبيع، والنفقة لم تجب بالعقد على ما تقدم.

وقياسهم على الجب باطل؛ لأنه لا يزول أبدًا، والعسرة تزول؛ لأن المال عاد ورابح، وكذا على العنة؛ لأن من لا يقدر على الوطء في سنة مع اشتمالها الفصول الأربعة، فالظاهر منه دوام العجز، بخلاف العجز ثلاثة أيام عن النفقة.

قوله: **(إحالة الغريم على الزوج)**؛ أي: وإن لم يرض.

وفي التحفة: وفائدة الأمر بالاستدانة على الزوج إيجاب الدين عليه، فإذا حصل بأمر القاضي حصل ممن له ولاية تامة، وإذا حصل لا بأمر القاضي؛ حصل إيجاب الدَّين عليه منها، وليس لها على الزوج هذه الولاية.

وفائدة أخرى: وهي أنها لا تسقط بموت أحدهما في الصحيح، بخلاف القضاء وحده، على ما يجيء بعد.

قوله: **(تَمَّمَ لَهَا نَفَقَةَ المُوسِرِ)** باعتبار حاله؛ لأن القضاء بنفقة الإعسار بعذر الإعسار، فإذا زال العذر بطل ذلك، كمن شرع في صوم الكفارة للعسرة ثم أيسر؛ كان عليه التكفير بالمال.

(وقضى به [٥٠٩/ب] **القاضي تقدير لنفقة لم تجب)**؛ لأن النفقة تجب شيئًا فشيئًا في المستقبل، فيعتبر حاله في كل وقت، والفرض السابق لا يمنع الإتمام؛ لأنه فرض قبل الوجوب، فلا يتقرر حكمه. إليه أشير في المبسوط.

قوله: **(لم ينفق عليها الزوج)** بأن غاب عنها، أو حاضرًا وامتنع من الإنفاق.

القَاضِي فَرَضَ لَهَا النَّفَقَةَ، أَو صَالَحَتِ الزَّوجَ عَلَى مِقدَارِ نفقتِها فَيَقضِي لَهَا بِنَفَقَةِ مَا مَضَى) لِأَنَّ النَّفَقَةَ صِلَةٌ وَلَيسَت بِعِوَض عِندَنَا عَلَى مَا مَرَّ مِن قَبلُ، فَلَا يُستَحكَمُ الوُجُوبُ فِيهَا إِلَّا بِالقَضَاءِ كَالهِبَةِ لَا تُوجِبُ المِلكَ إِلَّا بِمُؤَكَّد وَهُوَ القَبضُ وَالصُّلحُ بِمَنزِلَةِ القَضَاءِ، لِأَنَّ وِلَايَتَهُ عَلَى نَفسِهِ أَقوَى مِن وِلَايَةِ القَاضِي، بِخِلَافِ المَهرِ لِأَنَّهُ عِوَضٌ.

فالحاصل: أن نفقة المرأة لا تصير دينًا عندنا إلا بالقضاء أو بالتراضي، وبه قال أحمد في رواية. وقال الشافعي ومالك وأحمد في راوية: يصير دينًا بلا قضاء ولا رضا، إلا أن عند مالك لو أقامت معه سنين وهو مليء، فادعت عليه أنه لم ينفق عليها والزوج يدعي الإنفاق؛ فالقول له مع يمينه. وكذا في غيبته، أما لو أكلت معه سقطت نفقتها عند مالك والشافعي في الأصح. ذكره في المنهاج.

(**لأن النفقة صلة**)؛ لأنها واجبة، فلا تسقط كسائر الديون للاحتباس عنده، فصار كرزق القاضي في بيت المال، فكانت من باب الصلاة.

(**فلا يستحكم الوجوب إلا بالقضاء كالهبة**) والصدقة لا يوجبان الملك بلا مؤكد، وهو القبض، أو بالتزام الزوج؛ إذ ولايته على نفسه آكد من ولاية القاضي.

وقد نصت الأئمة الثلاثة أنها في مقابلة التمكين، والتمكين واجب عليها، فلا يجوز أخذ الأجرة عن الواجب، فكان فيها معنى الصلة، والصلت تسقط بمضي الزمان، كنفقة الإماء والأقارب.

ولا يجوز أن يكون عوضًا عن الملك كما قالوا؛ كيلا يجتمع العوضان عن معوض واحد كما ذكرنا. ولا يجوز أن يكون عوضًا عن الاستمتاع؛ لأنه مستمتع بملك نفسه، كمن يسكن دار نفسه لا يجب الأجرة، فعلم أن فيها معنى الصلة، ولهذا لم ينقل عن أحد من السلف والخلف الوصية بنفقة فيما إذا مضت مدة، ولا بإخراجها عن تركته كسائر الديون، وبعد هذا لا يخفى.

وجماعة من أصحاب الشافعي لا يرضون بهذا الحكم. ولا يقال: لو كانت صلة لما وجبت على المكاتب؛ لأنا نقول: إنها صلة من وجه، وما هذا سبيله يجب على المكاتب.

(وَإِن مَاتَ الزَّوجُ بَعدَمَا قُضِيَ عَلَيهِ بِالنَّفَقَةِ وَمَضَى شُهُورٌ سَقَطَتِ النَّفَقَةُ) وَكَذَا إِذَا مَاتَت الزَّوجَةُ، لِأَنَّ النَّفَقَةَ صِلَةٌ وَالصِّلَاتُ تَسقُطُ بِالمَوتِ كَالهِبَةِ تَبطُلُ بِالمَوتِ قَبلَ القَبضِ.

وفي الذخيرة: صلة من وجه عوض من وجه؛ لأن النفقة بإزاء الاحتباس، وفي الاحتباس إن كان حق الزوج من حيث الاستمتاع وقضاء الشهوة وإصلاح أمر المعيشة؛ ففيه حق الشرع أيضًا من حيث تحصيل الولد الذي يتوجه إليه التكاليف، ومن حيث صيانة كل واحد منها عن الزنا، وإقامة حق الشرع مستحق على كل إنسان لا يصلح أن يكون عوضًا عنه، فكانت عوضًا عنه من وجه، صلة [من](١) وجه، [فمن](٢) حيث أنها صلة لا يصير دينًا من غير قضاء ولا رضاء كنفقة الأقارب، ومن حيث إنها عوض تصير دينا بأحدهما عملًا بالدليلين بقدر الإمكان.

قوله: (بعدما قضي عليه) أو تراضيا على نفقة **(ومضى شهور سقطت النفقة)** خلافًا للأئمة الثلاثة كما مر. هذا إذا فرض لها بالنفقة ولم يأمره بالاستدانة [أما لو أمرها بالاستدانة](٣) على الزوج فاستدانت، ثم مات أحدهما؛ لا يبطل ذلك. ذكره الحاكم الشهيد في المختصر.

وذكر الخصاف: أنه يبطل أيضًا، والصحيح ما ذكره في المختصر؛ لأن استدانتها بأمر القاضي، وللقاضي ولاية عليهما، فكان بمنزلة استدانة الزوج بنفسه، وفيه لا يسقط بموت أحدهما كذا ههنا.

وكذلك في الطلاق، يعني: أن الديون المستدانة هل تسقط بالطلاق؟

فعلى الروايتين، في رواية: لا تسقط، وهو الصحيح. كذا في الذخيرة.

قوله: (كالهبة تبطل بالموت قبل القبض).

فإن قيل: الهبة غير متأكد قبل القبض، والنفقة متأكد بعد القضاء كما ذكرنا، فينبغي أن لا تسقط كالهبة المتأكد بالقبض.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: تَصِيرُ دَيناً قَبلَ القَضَاءِ وَلَا تَسقُطُ بِالمَوتِ، لِأَنَّهُ عِوَضٌ عِندَهُ فَصَارَ كَسَائِرِ الدُّيُونِ، وَجَوَابُهُ قَد بَيَّنَّاهُ.

(وَإِن أَسلَفَهَا نَفَقَةَ السَّنَةِ) أَي عَجَّلَهَا (ثُمَّ مَاتَ لَم يُستَرجَع مِنهَا شَيءٌ وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُحتَسَبُ لَهَا نَفَقَةُ مَا مَضَى وَمَا بَقِيَ فَهُوَ لِلزَّوجِ)(*) وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى -، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ الكِسوَةُ، لِأَنَّهَا استَعجَلَت

قلنا: ما يكون منافيًا كان منافيًا للمتأكد وغيره، كالمحرمية في باب النكاح ينافي النكاح الصادر من الأب، مع أن النكاح الصادر من الأب أولى وأقوى. كذا قيل.

وفي الإيضاح: وإنها وإن صارت دَينًا عليه بالقضاء، ولكن معنى الصلة لم تبطل، والصِّلات تبطل بالموت قبل القبض.

قوله: (وجوابه)؛ أي: جواب ما قال الشافعي **(قد بيّناه)** وهو **قوله: (ولنا: أن المهر عوض عن الملك، ولا يجتمع العوضان)** إلى آخره.

قوله: (ثم مات)؛ أي: [قبل][1] مضي المدة، وكذا لو ماتت هي، والكسوة كالنفقة.

وقال محمد: يحسب لها نفقة ما مضى، ويرد ما بقى إن كان باقيًا، وقيمته إن كان مستهلكًا، وهو قول الشافعي وأحمد؛ لأنها أخذت المال [٥١٠/أ] لمقصود الزوج، ولم يحصل ذلك المقصود له، فكان له أن يستردها، كما لو عجل لها نفقة ليتزوجها [فماتت قبل أن يتزوجها][2]. كذا في الذخيرة.

وفي البدائع: يرد الباقي والمستهلك، وفي الهالك لا يرد بالاتفاق.

وكذا في الينابيع وأدب القاضي والذخيرة، وفيه: الموت والطلاق قبل الدخول سواء، وفي نفقة المطلقة إذا مات الزوج [بالملك][3] بالجواب.

وكذلك في شرح الأقضية اختلفوا، فقيل: لا تُستَرَدّ بالاتفاق؛ لأن العدة قائمة في موته.

(*) **الراجح**: قول الشيخين.
(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

عِوَضًا عَمَّا تَستَحِقُّهُ عَلَيهِ بِالِاحتِبَاسِ، وَقَد بَطَلَ الِاستِحقَاقُ بِالمَوتِ، فَيَبطُلُ العِوَضُ بِقَدرِهِ كَرِزقِ القَاضِي وَعَطَاءِ المُقَاتِلَةِ. وَلَهُمَا: أَنَّهُ صِلَةٌ وَقَد اتَّصَلَ بِهِ القَبضُ وَلَا رُجُوعَ فِي الصِّلَاتِ بَعدَ المَوتِ لِانتِهَاءِ حُكمِهَا كَمَا فِي الهِبَةِ، وَلِهَذَا لَو هَلَكَت مِن غَيرِ استِهلَاك لَا يُستَرَدُّ شَيءٌ مِنهَا بِالإِجمَاعِ. وَعَن مُحَمَّد ﷺ: أَنَّهَا إِذَا قَبَضَت نَفَقَةَ الشَّهرِ أَو مَا دُونَهُ لَا يُستَرجَعُ مِنهَا شَيءٌ، لِأَنَّهُ يَسِيرٌ فَصَارَ فِي حُكمِ الحَالِ.

وفي أكثر الكتب لم يُذكَر قول أبي حنيفة، وإنما حُكِيَ الخلاف بين محمد وأبي يوسف على قوله الآخر، وهو استحسان.

وعن محمد - وهو رواية ابن رستم عنه -: لا يرد نفقة الشهر وما دونه، فلأجل هذا وضعها في السنة، حتى يكون فيه خلاف عن محمد.

قوله: (فصار في حكم الحال)؛ يعني: لو أخذت النفقة الواجبة في الحال لا تسترد بالموت، فكذا لا تسترد ما إذا عجل لها نفقة الشهر. وكذا لو قبضت نفقة أشهر، فمات أحدهما قبل مضي المدة، والباقي من المدة شهر أو دونه؛ لا يرجع بشيء؛ لأن الشهر وما دونه يسير.

وعند الأئمة الثلاثة: ترد بقيَّته كائنا ما كان.

وفي المغني: وكذا لو باين بموت أو طلاق أو فسخ أو إسلام أو رده، واعتبروه بالأجرة، إلا أن مالكًا استحسن في الكسوة أن لا يرد. والفرق تحكم.

وفي الذخيرة: نفقة العدة بمضي المدة كنفقة النكاح، فإن فرض لها نفقة، فلم تقبضها [حتى][1] انقضت عدتها، لم يذكره محمد، وهل يقاس على الموت؟

قال الحلواني: فيه كلام، والقول قولها في انقضاء العدة مع يمينها إذا كانت من ذوات الحيض، ولو أدّعَتْ جهلًا ينفق عليها إلى سنتين، فإن قالت بعد السنتين: كنت أعتقد الحبل فالآن ظهر أنه كان ريحًا، وأنا حابل لم أحض، وقال: ادّعيتِ الحبَلَ وظهرَ كذبُكِ لا نفقةَ لكِ؛ فالقاضي لا يلتفت إلى قوله، ويأمره بالإنفاق عليها حتى تحيض ثلاث حيض أو تدخل في سن الإياس فتعتد

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(وَإِذَا تَزَوَّجَ العَبدُ حُرَّة فَنفَقَتها دَينٌ عَلَيهِ يُبَاع فِيهَا) وَمَعنَاهُ: إِذَا تَزَوَّجَ بِإِذنِ المَولَى لِأَنَّهُ دَينٌ وَجَبَ فِي ذِمَّتِهِ لِوُجُودِ سَبَبِهِ، وَقَد ظَهَرَ وُجُوبُهُ فِي حَقِّ المَولَى فَيَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ كَدَينِ التِّجَارَةِ فِي العَبدِ التَّاجِرِ، وَلَهُ: أَن يَفدِيَ، لِأَنَّ حَقَّهَا فِي النَّفَقَةِ لَا فِي عَينِ الرَّقَبَةِ، فَلَو مَاتَ العَبدُ سَقَطَت، وَكَذَا إِذَا قُتِلَ فِي الصَّحِيحِ لِأَنَّهُ صِلَةٌ.

بالأشهر. ولو كانت صغيرة يجامع مثلها ينفق عليها ثلاثة أشهر.

قال الفضلي: لا تنقضي عدتها بذلك؛ بل توقف لحالها لاحتمال الحبل، فينفق عليها حتى تظهر براءة رحمها.

قوله: (فنفقتها دين عليه)؛ أي: بعد فرض القاضي **(يباع فيه)** فلما بيع ثم اجتمع عليه النفقة مرة أخرى يباع ثانيًا.

قال الإمام السرخسي: لا يباع ثانيًا في شيء من ديونه إلا في النفقة؛ لأن وجوبها يتجدد بمضي الزمان، فذاك في حكم دين حادث، ولا كذلك سائر الديون. كذا في الذخيرة.

قوله: (بإذن المولى) قَيَّد الإذن؛ لأنه إذا تزوج بغير إذن المولى؛ فلا نفقة ولا مهر لعدم صحة النكاح، وكذا في حكم المهر.

واجتمعت الأئمة الأربعة في وجوب النفقة على العبد، لكن لا يباع العبد في النفقة عند الشافعي وأحمد، ويثبت لها الخيار.

وفي الفرقة عند الشافعي وأحمد على سيده، وفي رواية: في كسبه.

وفي [التنبيه][1]: وفي غير المكتسب على سيده في قول، وفي قول: على العبد يتبع بعد العتق، وفي المكتسب في كسبه، وفي المأذون له في التجارة فيما في يده، ولها أن تفسخ إذا شاءت.

قوله: (ولو مات العبد سقطت)؛ [أي:][2] النفقة، وكذا المهر لا يؤاخذ المولى بشيء؛ لفوات محل الاستيفاء كالعبد الجاني.

(وكذا إذا قتل في الصحيح): وعن الكرخي: ينتقل إلى قيمته.

---

(١) كذا بالنسخة الثالثة، وفي الأصل: (المنية). (٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(وَإِن تَزَوَّجَ الحُرُّ أَمة فَبَوَّأَهَا مولاهَا مَعَهُ مَنزِلًا فَعَلَيهِ النَّفَقَةُ) لِأَنَّهُ تَحقَّق الِاحتِبَاسُ (وَإِن لَم يُبَوِّئهَا فَلَا نَفَقَةَ لَهَا) لِعَدَمِ الِاحتِبَاسِ، وَالتَّبوِئَةُ أَن يُخَلِّيَ بَينَهَا وَبَينَهُ فِي مَنزِلِهِ وَلَا يَستَخدِمَهَا، وَلَو استَخدَمَهَا بَعدَ التَّبوِئَةِ سَقَطَت النَّفَقَةُ، لِأَنَّهُ فَاتَ الِاحتِبَاسُ، وَالتَّبوِئَةُ غَيرُ لَازِمَة عَلَى مَا مَرَّ فِي النِّكَاحِ، وَلَو خَدَمَتهُ الجَارِيَةُ أَحيَانًا مِن غَيرِ أَن يَستَخدِمَهَا لَا تَسقُطُ النَّفَقَةُ، لِأَنَّهُ لَم يَستَخدِمها لِيَكُونَ استِردَادًا، وَالمُدَبَّرَةُ وَأُمُّ الوَلَدِ فِي هَذَا كَالأَمَةِ، وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

قال القدوري: ليس هذا بصحيح، والصحيح السقوط بالموت؛ لأنها صلة، والصلات تبطل بالموت قبل القبض، والقيمة تقام مقام الرقبة في دَيْنٍ لا يسقط بالموت.

قوله: (وإن تزوج الحر أمة): قيد بزوج الحر اتفاقي، فإن العبد والمدبّر والمكاتب كالحر في عدم وجوب النفقة عند عدم التبوئة. ذكر في المحيط وغيره. كذا في الكافي.

قوله: (لعدم الاحتباس)؛ [أي:][1] من الزوج.

فإن قيل: احتباس المولى لحق له شرعا، فكان كاحتباس نفسها لصداقها، فينبغي أن لا يسقط.

قلنا: لا كذلك؛ لأن في احتباس الحرة للصداق فوات الاحتباس من الزوج، حين امتنع عن أداء صداقها، وههنا التفويت ليس من قبل الزوج.

وقوله: (والتبوئة غير لازمة) جواب سؤال مقدر، وهو أن يقال: لما بوأها مرة يجب أن يمضي على ذلك، ولا يكون لها نقضها بالاستخدام، فأجاب عنه بهذا.

وكذا لو استخدمها أهل المولى تسقط النفقة، وكذا لو منعها هو وأهله تسقط، أما لو تذهب أحيانًا وتخدم المولى وتجيء؛ لا تسقط نفقتها.[٥١٠/ب]

قوله: (والمدبّرة وأم الولد في هذا)؛ أي: في استحقاق النفقة **(كالأمة)** ولم

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

....

يذكر المكاتبة؛ لما أنها كالحرة إذا تزوجت بإذن المولى، فلا تحتاج إلى التبوئة لاستحقاق النفقة؛ لاختصاصها بنفسها ومنافعها بحكم عقد الكتابة، ولهذا لم يبق للمولى ولاية استخدامها، فكانت كالحرة.

ولو زوج أمته من [عبده][(١)] فنفقتهما على المولى، بوأها أو لا. كذا في الذخيرة.

ولو بوأ الأمة بعد الطلاق، ولم يكن بوأها قبله؛ لا نفقة عليه عندنا. وعند زفر: تستحقها؛ لأنها صارت محبوسة بحقه.

وقلنا: أن النفقة لم تكن مستحقة عند الطلاق، فلا تستحقها بالاحتباس بعده.

فروع

ذكرها في الذخيرة وغيرها.

وفرت كسوتها [وكانت] تلبس يوما دون يوم؛ يفرض لها كسوة أخرى، وكذا النفقة.

وإن لبست على العادة ولم تنخرق لم يجدد لها، ولو ضاعت الكسوة أو النفقة أو سرقت؛ لم تجدد حتى يمضى الفصل، بخلاف المحارم.

والفرق: أن نفقة المحارم مقدرة بالحاجة، بخلاف الزوجة؛ فإن نفقة المحارم لا تفرض مع غناهم، بخلاف الزوجة، بدليل قصة هند؛ فإنها كانت صاحبة أموال.

وفي المغني: دفع في العام، فإن بليت في الوقت الذي يبلى مثلها لزمته أخرى، ولو باعتها أو تصدقت بها، وكان ذلك يضر بها ويخل بتجملها لم تملك، وعند الشافعي تصرف في ملكها فتجوز.

وفي أدب القاضي للخصاف، قالت: يضيق النفقة علي؛ أمره القاضي

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

....

بالإنفاق إلا أن يظهر له ظلمه، فيفرض عليه كل شهر، ويأمره أن يُعطيَها، فإذا لم يُعطِيها وقدمته مرارًا، ولم ينجحْ فيه وَعْظُهُ؛ حبَسَهُ. ولو كان الزوج صاحب مائدة وطلبت الفرض؛ لا يفعل.

وفي خزانة الأكمل: قول القاضي: (استديني عليه كذا) فرض عليه، و[لو][1] قال الزوج: استديني لا [يصير][2] فرضًا ما لم يقل عليَّ، والخزانة قدرها بالدراهم على المعسر أربعة دارهم أو خمسة، ولخادمها ثلاثة أو أقل أو أكثر.

وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة: لا تجب نفقة الخادم على المعسر، وهو الأصح، وقد مرَّ.

والمذكور عن محمد ثمانية دراهم على الموسر أو تسعة في الشهر، ولخادمها ثلاثة أو أربعة.

ولو كان الزوج من أهل الغِنَى المشهور؛ فلها خمسة عشر في كل شهر، ولخادمها عشرة أو خمسة، وهذا كان في الصدر الأول، وهو متروك اليوم بإجماع المذاهب، والعرف على خلافه.

وينبغي أن يكون لها فراش على حدة، ولم يكتف بفراش واحد لهما؛ لأنه قد يعتزلها في الحيض وفي المرض، وقد جاء: «**فراشٌ لكَ، وفراشٌ لأهلِكَ، وفراشٌ لضيفِكَ، والرَّابعُ للشَّيطانِ**»[3].

في الذخيرة: فرض لها نفقة شهر ولم يدفعها، فأرادت أن تطلبها في كل يوم؛ تطلبها عند المساء؛ لأن حصته كل يوم معلومة، وما دونه ساعة.

ولو فرض لها كل يوم؛ فقياسه أن يدفعها في كل يوم كالشهر، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

قال الإمام السَّرَخْسِي: التقدير غير لازم، وقد مر.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية. (٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٣) أخرجه مسلم (٣/ ١٦٥١ برقم ٢٠٨٤) من حديث سيدنا جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

فَصْلٌ: [مَا يَحِقُّ للزَّوجَةِ على زَوْجِهَا]

(وَعَلَى الزَّوجِ أَن يُسكِنَهَا فِي دَار مُفرَدَة لَيسَ فِيهَا أَحَدٌ مِن أَهلِهِ، إلَّا أَن تَختَارَ ذَلِكَ) لِأَنَّ السُّكنَى مِن كِفَايَتِها فَتَجِبُ لَهَا كَالنَّفَقَةِ، وَقَد أَوجَبَهُ اللَّهُ تَعَالَى مَقرُونًا بِالنَّفَقَةِ، وَإِذَا وَجَبَ حَقًّا لَهَا لَيسَ لَهُ أَن يُشرِكَ غَيرَهَا فِيهِ لِأَنَّهَا تَتَضَرَّرُ بِهِ، فَإِنَّهَا لَا تَأمَنُ عَلَى مَتَاعِهَا، وَيَمنَعُهَا ذَلِكَ مِن المُعَاشَرَةِ مَعَ زَوجِهَا وَمِن الِاستِمتَاعِ، إلَّا أَن تَختَارَ، لِأَنَّهَا رَضِيَت بِانتِقَاصِ حَقِّهَا (وَإِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ مِن غَيرِهَا فَلَيسَ لَهُ أَن يُسكِنَهُ

قال الصدر الشهيد: لو صالحته على شيء ثم رافعته إلى القاضي، وقالت: ما يكفيني؛ يزاد لها. ولو غلا السعر بعد فرض القاضي؛ يزيد في الفرض؛ لأن ذلك تقدير لنفقة لم تجب.

فصل

قوله: (مقرونًا بالنفقة): قال تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾. وفي قراءة ابن مسعود: ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ وأنفقوا عليهن من وجدكم ﴾.

ووجوب المسكن إما بالملك وإما بالإعارة أو بالإجارة مجمع عليه، وأنها محتاجة إلى مسكن كالنفقة.

وفي الذخيرة: أسكنها في دار مفردة، فشكت إلى القاضي إيذاءه وضرره، وسألت من القاضي أن يسكنها بين قوم صالحين، فإن علم القاضي أن الأمر كما قالت؛ منعه من ذلك، وإن ذكروا أنه لا يؤذيها تركها، ولو لم يكن في جوارها من يثق به أو يميلون إليه؛ أمره أن يسكنها بين قوم صالحين ويسأل عنهم، وبني الأمر على خَبَرِهم.

وفي مآل الفتاوى: ليس له أن يسكنها مع أمته في بيت واحد، ولو أسكنها في بيت من دار ولأمته في بيت آخر له ذلك. والصحيح: أنه يحتاج إلى استخدامها في كل ساعة، فله أن يسكنها معها للضرورة، ولكن يكره له مجامعتها مع حضرة أمته.

وفي الخزانة: معها عشر من الخدم يحل له وطئهن في الخلوة معهن، وكذا مع ضرّتها، ومع حرمة وطئها لا تصح الخلوة.

مَعَهَا) لِمَا بَيَّنَّا، وَلَو أَسكَنَهَا فِي بَيت مِن الدَّارِ مُفرَد وَلَهُ غَلَقٌ كَفَاهَا لِأَنَّ المَقصُودَ قَد حَصَلَ. (وَلَهُ أَن يَمنَعَ وَالِدَيهَا وَوَلَدَهَا مِن غَيرِهِ وَأَهلَهَا مِن الدُّخُولِ عَلَيهَا) لِأَنَّ المَنزِلَ مِلكُهُ فَلَهُ حَقُّ المَنعِ مِن دُخُولِ مِلكِهِ (وَلَا يَمنَعُهُم مِن النَّظَرِ إِلَيهَا وَكَلَامِهَا فِي أَيِّ وَقت اختَارُوا) لِمَا فِيهِ مِن قَطِيعَةِ الرَّحِم، وَلَيسَ لَهُ فِي ذَلِكَ ضَرَرٌ، وَقِيلَ: لَا يَمنَعُهَا مِن الدُّخُولِ وَالكَلَامِ، وَإِنَّمَا يَمنَعُهُم مِن القَرَارِ وَالدَّوَام، لِأَنَّ الفِتنَةَ فِي اللَّبَاثِ وَتَطوِيلِ الكَلَامِ، وَقِيلَ: لَا يَمنَعُهَا مِن الخُرُوجِ إِلَى الوَالِدَينِ وَلَا يَمنَعُهُمَا مِن الدُّخُولِ عَلَيهَا فِي كُلِّ جُمُعَة، وَفِي غَيرِهِمَا مِن المَحَارِمِ التَّقدِيرُ بِسَنَة وَهُوَ الصَّحِيحُ.

(وَإِذَا غَابَ الرَّجُلُ وَلَهُ مَالٌ فِي يَدِ رَجُل يَعتَرِفُ بِهِ وَبِالزَّوجِيَّةِ، فَرَضَ القَاضِي فِي ذَلِكَ المالِ نَفَقَةَ زوجةِ الغائبِ وولدِهِ الصغارِ وَوَالِدَيْهِ، وكذا إذا عَلِمَ القاضي ذَلِكَ وَلَم يَعتَرِف بِهِ) لِأَنَّهُ لَمَا أَقَرَّ بِالزَّوجِيَّةِ والوَدِيعَةِ فَقَد أَقَرَّ أَنَّ حَقَّ الأَخذِ لَهَا؛ لِأَنَّ لَهَا أَن تَأخُذَ مِن مَالِ الزَّوجِ حَقَّهَا مِن غَيرِ رِضَاهُ، وَإِقرَارُ صَاحِبِ اليَدِ مَقبُولٌ فِي حَقِّ

قوله: (لما بيّنّا) وهو أنه يمنعها ذلك عن المعاشرة. قيل: إذا كان صغيرًا جدًّا لا يفهم الجماع لا ينبغي أن يمنع.

قوله: (في كل جمعة) [١١/٥ أ] وعليه الفتوى.

فقوله: (هو الصحيح) احتراز عن قول محمد بن مقاتل الرازي، فإنه يقول: لا يمنع المحرم في كل شيء من الزيادة. كذا في النفقات البرهانية.

وقال مشايخ: في كل سنة، وعليه الفتوى، وعلى هذا الخلاف: خروجها لزيارة عمتها وخالتها.

وعن الحسن: لا يمنعها عن زيارة الأقارب في كل شهرين أو ثلاثة، ولا يمنع محارمها من الدخول عليها في كل جمعة، ويمنعهم من الكينونة.

قوله: (من غير رضاه) [أي: من غير رضا الزوج.

فإن قيل: يشكل عليَّ هذا؛ ما لو أحضر صاحب الدين غريمًا أو مودعًا][١] للغائب، وهما معترفان بالدين [الذي][٢] على الغائب؛ لا يأمره القاضي بقضاء

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية. (٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

نَفسِهِ لَا سِيَّمَا هَاهُنَا، فَإِنَّهُ لَو أَنكَرَ أَحَدَ الأَمرَينِ لَا تُقبَلُ بَيِّنَةُ المَرأَةِ فِيهِ، لِأَنَّ المُودَعَ لَيسَ بِخَصم فِي إِثبَاتِ الزَّوجِيَّةِ عَلَيهِ وَلَا المَرأَةُ خَصمٌ فِي إِثبَاتِ حُقُوقِ الغَائِبِ، وَإِذَا ثَبَتَ فِي حَقِّهِ تَعَدَّى إِلَى الغَائِبِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ المَالُ فِي يَدِهِ مُضَارَبَة، وَكَذَا الجَوَابُ فِي الدَّينِ، وَهَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ المَالُ مِن جِنسِ حَقِّهَا دَرَاهِمَ أَو دَنَانِيرَ أَو

دينه من الوديعة والدين.

قلنا: أن القاضي يأمر في حق الغائب بما نظير له، وفي الأمر بالإنفاق لهؤلاء نظير له بإبقاء ملكه، [أما في قضاء دينه ليس فيه إبقاء ملكه][1] بل هو قضاء عليه بقول الغير. إليه أشير في المبسوط.

قوله: (لا سيما): لا سيما من الشيء، وما الشيء بالمثل. أصله: (سوى) قلبت الواو ياء، وأدغمت الاسم بعده، يجيء مجرورًا إذا كان (ما) زائدة، ويجيء مرفوعًا خبر مبتدأ محذوف، وهو إذا كان موصولًا، ويجيء منصوبًا بالاستثناء، وهو استثناء بمعنى: أكرمني القوم لا سيما زيدًا، يعني: إكرام زيد أبلغ من إكرامهم. كذا في الإقليد.

قوله: (أحد الأمرين)؛ أي: الزوجية والوديعة.

وفي المبسوط[2]: لو أنكر صاحب الدين أو المودع الزوجية؛ لا يقبل القاضي بينتها على شيء من ذلك، لا على الدَّيْنِ والوديعة، ولا على النكاح، فلأنها تثبت للغائب الملك، حتى إذا ثبت ملكه يترتب عليه حقها فيه، وهي ليست بخصم في إثبات الملك في أمواله.

وأما إذا جحد الزوجية، فقال أبو حنيفة أولًا: يقبل بينتها على الزوجية؛ لأنها تدّعي حقها فيما في يده من المال بسبب، فكان خصمًا في إثبات ذلك السبب، كمن ادَّعَى عينا في يد إنسان، أنه له اشتراه من فلان الغائب، ثم رجع وقال: لا يقبل، وهو قولهما؛ لأنها تثبت النكاح على الغائب، والمودع أو المديون ليس بخصم عن الغائب في إثبات الزوجية، والاشتغال بالنظر من القاضي يكون بعد العلم بالزوجية، فإن لم يكن معلومًا لا يشتغل.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٥/ ١٩٧).

طَعَامًا أَو كِسوَة مِن جِنسِ حَقِّهَا، أَمَّا إِذَا كَانَ مِن خِلَافِ جِنسِهِ لَا تُفرَضُ النَّفَقَةُ فِيهِ، لِأَنَّهُ يَحتَاجُ إِلَى البَيعِ، وَلَا يُبَاعُ مَالُ الغَائِبِ بِالِاتِّفَاقِ، أَمَّا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ فَلِأَنَّهُ لَا يُبَاعُ عَلَى الحَاضِرِ وَكَذَا عَلَى الغَائِبِ، وَأَمَّا عِندَهُمَا: فَلِأَنَّهُ إِن كَانَ يَقضِي عَلَى الحَاضِرِ، لِأَنَّهُ يَعرِفُ امتِنَاعَهُ لَا يَقضِي عَلَى الغَائِبِ لِأَنَّهُ لَا يَعرِفُ امتِنَاعَهُ(*).

قَالَ: (وَيَأخُذُ مِنهَا كَفِيلًا بِهَا) نَظَرًا لِلغَائِبِ، لِأَنَّهَا رُبَّمَا استَوفَت النَّفَقَةَ أَو طَلَّقَهَا الزَّوجُ وَانقَضَت عِدَّتُهَا، فَرَّق بَينَ هَذَا وَبَينَ المِيرَاثِ إِذَا قُسِّمَ بَينَ وَرَثَةٍ حُضُورٍ بِالبَيِّنَةِ وَلَم يَقُولُوا: لَا نَعلَمُ لَهُ وَارِثًا آخَرَ، حَيثُ لَا يُؤخَذُ مِنهُم الكَفِيلُ عِندَ أَبِي

قوله: (لا يباع على الحاضر)؛ لأن الحجر على الحر العاقل البالغ لا يجوز عنده.

وعلى قولهما: يبيع القاضي على الممتنع ولا يبيع على الغائب؛ لأنه لا يعرف امتناعه، وينفق القاضي عليها من أجرة داره وعبده ودابته. وتصح الكفالة بالنفقة لا يجبر عند محمد، وعند أبي يوسف يجبر استحسانا. ذكره في جوامع الفقه.

وفي الخزانة: تصح الكفالة ولم يذكر خلافًا، فإن أطلق الضمان فهو على شهر عند محمد، وعند أبي يوسف على الأبد ما دام النكاح باقيًا، فإن ضمن كل شهر فهو على شهر واحد، وكذا عند كل شهر، فإن رجع بعد مضي الشهر لم يلزمه في الشهر الثاني.

وقال أبو يوسف: يلزمه أبدًا ولا يصح رجوعه، ولو طلقها يلزم الكفيل بنفقة العدة؛ لأنها نفقة النكاح، ولو وكل لها بنفقة كل شهر فأبرأته؛ صحت عن شهر واحد، وإن كفل بنفقة سنة لزمته في ذلك، وكذا لو قال: أبدًا، أو ما عشت.

قوله: (ويأخذ منها كفيلًا): قال السَّرَخْسِيّ: هذا حسن، وإن لم يأخذه جاز. كذا ذكره في أدب القاضي للخصاف.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

حَنِيفَةَ، لِأَنَّ هُنَاكَ المَكفُولَ لَهُ مَجهُولٌ وَهَاهُنَا مَعلُومٌ وَهُوَ الزَّوجُ، وَيُحَلِّفُهَا بِاَللَّهِ مَا أَعطَاهَا النَّفَقَةَ نَظَرًا لِلغَائِبِ.

قَالَ: (وَلَا يُقضَى بِنَفَقَةٍ فِي مَالِ غَائِبٍ إلَّا لِهَؤُلَاءِ) وَوَجهُ الفَرقِ: هُوَ أَنَّ نَفَقَةَ هَؤُلَاءِ وَاجِبَةٌ قَبلَ قَضَاءِ القَاضِي، وَلِهَذَا كَانَ لَهُم أَن يَأخُذُوا قَبلَ القَضَاءِ، فَكَانَ قَضَاءُ القَاضِي إعَانَةً لَهُم، ....

قال الصدر الشهيد: والصحيح: التكفيل نظرًا للغائب.

قوله: (إلا لهؤلاء) وهم زوجة الغائب وأولاده الصغار ووالديه، أما غيرهم من المحارم فنفقتهم تجب بالقضاء؛ لأنه مجتهد فيه، فإن عند الشافعي لا تجب النفقة على غير الوالدين أو المولودين. ذكره في المبسوط[1].

(إعانة لهم) وإيفاء لحقهم، لا إيجابا مبتدأ؛ لأن في ذلك قضاء على الغائب وهو لا يجوز، ولهذا لو ظفر واحد من هؤلاء على مال الغائب من جنس حقه؛ يأخذ نفقته دون المحارم.

قيل: في هذا الكلام نظر؛ لأن ليس للقاضي ولاية إيجاب ما لم يكن واجبا في الشرع، وليس ذلك لغير النبي عليه السلام؛ بل نفقة المحارم تثبت بالأحاديث على ما يذكر، ويجب نفقتهم بالقضاء على معنى ترجيح الموجب على النافي بالقضاء، مع وجود سبب [٥١١/ب] الوجوب قبله، ولو كان في المختلف إيجاب القضاء على الغائب ينبغي أن لا يجبر على نفقة الأب، فإن عند مالك يجب على نفقة الأب والابن، دون الجد وابن الابن.

أجيب: أن اختلاف مالك لا يؤثر؛ لأنه مخالف للنص الصحيح، وفي المحارم كذلك، فيؤثر فيه حكم القاضي.

وكان أبو حنيفة أولًا يقول: يقضي بالنفقة على الغائب، ووجه ما نقلناه من المبسوط، ثم رجع وقال: لا يقضي. وعند محمد لا يقضي قولًا واحدًا، وكان أبو يوسف يقول أولًا: يقبل بينتها على الزوجية، ثم رجع وقال: لا يقبل.

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٥/ ٢٢٣).

أَمَّا غَيرُهُم مِن المَحَارِمِ فَنفَقَتُهُم إنَّمَا تَجِبُ بِالقَضَاءِ، لِأَنَّهُ مُجتَهِدٌ فِيهِ، وَالقَضَاءُ عَلَى الغَائِبِ لَا يَجُوزُ، وَلَو لَم يَعلَم القَاضِي بِذَلِكَ وَلَم يَكُن مُقِرًّا بِهِ فَأَقَامَت البَيِّنَةَ عَلَى الزَّوجِيَّةِ أَو لَم يُخَلِّف مَالًا فَأَقَامَت البَيِّنَةَ لِيَفرِضَ القَاضِي نَفَقَتَهَا عَلَى الغَائِبِ وَيَأْمُرَهَا بِالِاستِدَانَةِ، لَا يَقضِي القَاضِي بِذَلِكَ، لِأَنَّ فِي ذَلِكَ قَضَاء عَلَى الغَائِبِ.

وَقَالَ زُفَرُ: يَقضِي فِيهِ، لِأَنَّ فِيهِ نَظَرًا لَهَا وَلَا ضَرَرَ فِيهِ عَلَى الغَائِبِ، فَإِنَّهُ لَو حَضَرَ وَصَدَّقَهَا فَقَد أَخَذَت حَقَّهَا، وَإِن جَحَدَ يَحلِف، فَإِن نَكَلَ فَقَد صَدَقَ، وَإِن أَقَامَت بَيِّنَة فَقَد ثَبَتَ حَقُّهَا، وَإِن عَجَزَت يَضمَنُ الكَفِيلُ أَو المَرأَةُ، وَعَمَلُ القُضَاةِ اليَومَ عَلَى هَذَا: أَنَّهُ يُقضَى بِالنَّفَقَةِ عَلَى الغَائِبِ لِحَاجَةِ النَّاسِ وَهُوَ مُجتَهَدٌ فِيهِ، وَفِي هَذِهِ المَسأَلَةِ أَقَاوِيلُ مَرجُوعٌ عَنهَا فَلَم يَذكُرهَا.

(**وعمل القضاة اليوم على هذا**)؛ أي: على قول زفر، أنه يسمع البينة في حق النفقة، ويأمر بالاستدانة إذا لم يكن له مال، ولا يحكم بالنكاح.

(**وهو مجتهد فيه**)؛ أي: بين علمائنا كما ذكرنا.

وفي المحيط: وهو أرفق للناس.

ثم على قول زفر: لا تحتاج المرأة إلى إقامة البينة أنه لم يكن لها نفقة.

وفي الكافي: لو أنفق المديون أو المودع نفقة هؤلاء بغير أمر القاضي؛ ضمن المودع ولا يبرأ المديون، ولكن لا يرجع المنفق على من أنفق. ولو اجتمع الدين والوديعة؛ فالقاضي يأمر بالإنفاق من الوديعة دون الدين؛ لأن الدين محفوظ لا يحتمل الهلاك، والوديعة محتملة، فكان النظر الإنفاق من الوديعة.

قوله: (**فلم يذكرها**)؛ أي: الأقاويل، وقد ذكرناها منقولًا من المبسوط، والله أعلم.

فَصْلٌ: [إذا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فَلَهَا النَّفَقَةُ والسَّكَنُ في عِدَّتِهَا]

(وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امرَأَتَهُ فَلَهَا النَّفَقَةُ وَالسُّكنَى فِي عِدَّتِهَا رَجعِيًّا كَانَ أَو بَائِنًا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا نَفَقَةَ لِلمَبتُوتَةِ إِلَّا إِذَا كَانَت حَامِلًا، أَمَّا الرَّجعِيُّ فَلِأَنَّ النِّكَاحَ بَعدَهُ قَائِمٌ لَا سِيَّمَا عِندَنَا فَإِنَّهُ يَحِلُّ لَهُ الوَطءُ، وَأَمَّا البَائِنُ فَوَجهُ قَولِهِ مَا رُوِيَ عَن فَاطِمَةَ بِنتِ قَيس قَالَت: «طَلَّقَنِي زَوجِي ثَلَاثًا فَلَم يَفرِض لِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ سُكنَى وَلَا نَفَقَة» وَلِأَنَّهُ لَا مِلكَ لَهُ وَهِيَ مُرَتَّبَةٌ عَلَى المِلكِ، وَلِهَذَا لَا تَجِبُ لِلمُتَوَفَّى عَنهَا زَوجُهَا لِانعِدَامِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَت حَامِلًا لِأَنَّا عَرَفنَاهُ بِالنَّصِّ وَهُوَ قَولُه تَعَالَى: ﴿وَإِن

فصل

قوله: (وقال الشافعي: لا نفقة للمبتوتة) وهي التي طلقها ثلاثًا أو بعوض، حتى وقع الطلاق بائنًا عنده. وبقوله قال مالك وأحمد في المشهور، وابن عباس وجابر، وعطاء وطاوس، وعمرو بن ميمون وعكرمة، وداود، إلا أن عند غير مالك والشافعي لا سكنى لها أيضًا.

أما في الرجعيّ إجماع بوجوب النفقة. وبقولنا: قال عمر وابن مسعود، وعائشة وأسامة، وزيد بن ثابت في رواية، وجابر في رواية، وابن المسيب وشريح، والأسود بن زيد والشعبي، والثوري والحسن بن حَيِيّ، وأحمد في رواية **(إلا إذا كانت حاملًا)** فإنها تجب بالإجماع، إلا عند الظاهرية.

([وجه][1] قوله)؛ أي: قول الشافعي، حديث فاطمة بنت قيس[2]. رواه مسلم، وأبو داود، والترمذي، والنسائي، وابن ماجه، مختصرًا ومُطوّلًا.

وفي رواية: قال عليه السلام: «**لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملًا**»[3].

ولأن الوجوب في الحامل بالنص، قال تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمۡلٖ فَأَنفِقُواْ عَلَيۡهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ﴾ [الطلاق: ٦] والآية في المطلّقات لا في غير المطلقات غير معناه بوضع الحمل.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) سبق تخريجه.
(٣) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٨٧ برقم ٢٢٩٠) من حديث فاطمة بنت قيس رضي الله عنها.

كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا۟ عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦] الآيَةَ. وَلَنَا: أَنَّ النَّفَقَةَ جَزَاءُ احتِبَاس عَلَى مَا ذَكَرنَا، وَالِاحتِبَاسُ قَائِمٌ فِي حَقِّ حُكم مَقصُودٍ بِالنِّكَاحِ وَهُوَ الوَلَدُ، إذ العِدَّةُ وَاجِبَةٌ لِصِيَانَةِ الوَلَدِ فَتَجِبُ النَّفَقَةُ، وَلِهَذَا كَانَ لَهَا السُّكنَى بِالإِجمَاعِ وَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَت حَامِلًا. وَحَدِيثُ فَاطِمَةَ بِنتِ قَيس رَدَّهُ عُمَرُ ﷺ فَإِنَّهُ قَالَ: لَا نَدَعُ كِتَابَ رَبِّنَا وَسُنَّةَ نَبِيِّنَا بِقَولِ امرَأَة لَا نَدرِي صَدَقَت أَم كَذَبَت حَفِظَت أَم نَسِيَت، سَمِعتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «لِلمُطَلَّقَةِ الثَّلَاثِ النَّفَقَةُ وَالسُّكنَى مَا دَامَت فِي العِدَّةِ»

قوله: (لَا نَدَعُ كِتَابَ رَبِّنَا): روى قول عمر مسلم، وأبو داود، والترمذي، والنسائي، ورواه الطحاوي والدارقطني أيضًا، ولكن لم يقل عمر: سمعت رسول الله، ولكن روى جابر أنه عليه السلام قال للمطلقة ثلاثًا: «**لها النَّفقةُ والسُّكنى**». ذكره عبد الحق في التأويلات.

المراد **بقوله: (كتاب ربنا)** قوله ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ وقرأته عن رسول الله، وهذا في حال العدة.

وذكر فخر الإسلام في أصوله: قال ابن أبان: أراد بالكتاب والسنة: القياس، والمراد بالسنة: ما ذكره بعد هذا من قول عمر، سمعت رسول الله. لكن هذا بعيد؛ لأن قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ﴾ يدل على السكنى صريحا. وقالت فاطمة: قال رسول الله: «**لا سُكنى ولا نفقة**»، فيكون مخالفًا للكتاب في السكنى والنفقة أيضًا.

قال ابن حزم: حديث عمر مرسل، والمرسل حجة عند الأئمة الثلاثة وعند الشافعي؛ لأنه عمل به بعض الصحابة.

قال الطحاوي والرازي: وما احتج به عمر في دفع حديث فاطمة صحيح؛ لأنه تعالى قال: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ﴾ [الطلاق: ١] إلى آخر ما ذكرنا من الآيات، فبين أن للمطلقة سكنى، ونهاها عن الخروج، ونهى الزوج عن إخراجها، ولم يَفْصِل بين المطلقة للسُّنة التي لا رجعة عليها فيها، وبين المطلقة التي للسُّنة التي عليها الرجعة، فلما جاءت فاطمة وروت التفرقة بينهما خلاف ما روى عمر ﷺ، وجاء الكتاب بخلافه، صح احتجاج عمر وبطل حديثها.

وَرَدَّهُ أَيضًا زَيدُ بنُ ثَابِت وَأُسَامَةُ بنُ زَيد وَجَابِرٌ وَعَائِشَةُ ﷺ.

(وَرَدَّهُ) ؛ أي: لحديث فاطمة (أسامة بن زيد).

روى مسلم وأبو داود والنسائي، أن فاطمة لما انقضت عدتها، ذكرت للنبي عليه السلام أن معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم يخطباني، فقال عليه السلام: «**أما أبو جهم؛ فلا يضع عصاه عن عاتقه، وأما معاوية فصعلوكٌ، انكحي أسامة بن زيدٍ**» فكرهته، ثم قال عليه السلام: «**انكحي أسامة**»[(١)]، فنكحته، فجعل[٥١٢/أ] الله [لي][(٢)] فيه البركة والخير واغتبطت.

وروى أن أسامة لما سمع منها هذا الحديث رماها بكل شيء في يده.

وعن عائشة قالت: تلك امرأة فتنت العالم بروايتها هذا الحديث.

وروى عن ابن مسعود، وزيد بن ثابت، وجابر، ومروان بن الحكم، وشريح، والشعبي، والثوري، والحسن بن حَيِّ، والأسود بن زيد، وابن حنبل، وخلق كثير ممن تبعهم، وأنكره أصحاب ابن مسعود.

قال الشيخ أبو بكر الرازي: من شروط قبول خبر الواحد تعرّيه من نكير السلف، ولأنه اضطربت الروايات، في رواية: طلقها ثلاث، وفي رواية: طلقها البتة، وهي رجعية عند الشافعي.

وفي رواية: مات عنها زوجها، فإنه جاء من ابن الوليد بن رشد أن فاطمة حين قتل زوجها أمرت أن تنتقل إلى ابن أم مكتوم، ولهذا لم يخرجه البخاري، والاضطراب سبب سقوط الاحتجاج بالحديث؛ لما عرف في علم الحديث. ذكره ابن الصلاح، ونص عليه ابن حزم في المُحلّى.

وفي المبسوط: ولئن ثبت، فتأويله: أن زوجها خرج إلى اليمن ووكل أخاه بأن ينفق عليها خبز الشعير، فأبت ذلك، ولم يكن زوجها حاضرًا ليقضي عليه؛ لأن القضاء على الغائب لا يجوز عندنا[(٣)].

---

(١) أخرجه مسلم (٢/ ١١١٤ برقم ١٤٨٠) من حديث فاطمة بنت قيس رضي الله عنها.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٥/ ٢٠١).

(وَلَا نَفَقَةَ لِلْمُتَوَفَّى عَنهَا زَوجُهَا) لِأَنَّ احتِبَاسَهَا لَيسَ لِحَقِّ الزَّوجِ، بَل لِحَقِّ الشَّرعِ، فَإِنَّ التَّرَبُّصَ عِبَادَةٌ مِنهَا.

وأما قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ لا يدل على أنهن إذا كن حوامل لا ينفق عليهن، بوجوه:

أحدها: الإجماع على أنها لا تُخرَجُ الحامل بالطلاق الرجعيّ، فإنه ينفق عليها وإن لم تكن من أولات الأحمال بالإجماع، فكذا بالبائن.

والثاني: أن الحمل يطول، فأراد إعلامنا بوجوب النفقة وإن طالت مدة الحمل.

والثالث: إنما جاء النص في الحامل لشدة العناية بها لأجل حملها.

والرابع: أن تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه على المختار، ولو كان مقيّدًا بشرط، فعند عدم الشرط لا ينعدم الحكم عندنا كما قرر في موضعه.

ولأن للحامل وجبت النفقة لا للحمل؛ بل للعدة، ولهذا لا تجب النفقة في مال الحمل لو كان له مال، بأن أوصى له به، ولا بتعدد النفقة بتعدد الحمل، ولو كانت أمة يجب نفقتها على الزوج، ونفقة الولد على السيد كما بعد الانفصال، ولأن النفقة والسكنى تعلقا بالنكاح، والعدة من حقوقه، فكما بقي باعتباره استحقاق السكنى، فكذا النفقة.

قوله: (ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها) حاملًا كانت أو حائلًا، وبه قال أحمد والشافعي في قول، وهو قول ابن عباس، والحكم بن عتبة، وعطاء، وابن سيرين، وعبد الملك بن يعلي قاضي البصرة، والحسن البصري، وعامر بن شعيب.

وفي قول آخر للشافعي: إن كان للميت مال كثير ينفق عليها من نصيبها، وإن كان قليلًا ينفق عليها من جميع المال.

وفي وجوب السكنى له قولان، أحدهما: لا يجب كقولنا، وهو اختيار المزني. والثاني: يجب، وبه قال مالك.

أَلَا تَرَى أَنَّ مَعنَى التَّعَرُّفِ عَن بَرَاءَةِ الرَّحِمِ لَيسَ بِمُرَاعى فِيهِ حَتَّى لَا يُشتَرَطَ فِيهَا الحَيضُ، فَلَا تَجِبُ نَفَقَتُهَا عَلَيهِ، وَلِأَنَّ النَّفَقَةَ تَجِبُ شَيئا فَشَيئًا وَلَا مِلكَ لَهُ بَعدَ المَوتِ فَلَا يُمكِنُ إِيجَابُهَا فِي مِلكِ الوَرَثَةِ (وَكُلُّ فُرقَة جَاءَت مِن قِبَلِ المَرأَةِ بِمَعصِيَة مِثلِ الرِّدَّةِ وَتَقبِيلِ ابنِ الزَّوجِ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا) لِأَنَّهَا صَارَت حَابِسَة نَفسَهَا بِغَيرِ حَقٍّ،

قوله: (حتى لا يشترط فيها الحيض) وكذا تجب العدة قبل الدخول، لكن يعارضها انقضاؤها بدون العلم بموته، قالوا: الفرق بين الطلاق قبل الدخول والوفاة قبله؛ أن النص عَرِيَ عن قيد الدخول، ولأنه لو كان حيًّا ربما ادّعَى الدخول، فاحتاطوا في إيجابها، بخلاف الطلاق.

قوله: (وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية): قيد بقوله: **(من قبل المرأة)**؛ لأنها [لو][(١)] جاءت من قبل الزوج توجب النفقة بعد الدخول، سواء كانت بمباح كالطلاق، وبمعصية كتقبيله بنتها بشهوة.

وقيد **بقوله: (بمعصية)**؛ لأنها لو صدرت من قبلها بغير معصية، كما إذا اختارت نفسها بالعتاق، أو بعدم الكفاءة، أو بخيار البلوغ بعد الدخول؛ فلها النفقة.

وقيد **بقوله: (فلا نفقة لها)** من غير تعرض للسكنى، فإن السكنى واجبة لها بأي فرقة كانت؛ لأن القرار في البيت مستحق عليها، فلا تسقط بمعصيتها، أما النفقة واجبة لها، فسقط ذلك بمجيء الفرقة من قِبَلها بمعصية. إليه أشير في المبسوط.

وفي نفقات البرهانية: لو جامعها ابن الزوج مكرهة؛ تقع الفرقة ولا تسقط النفقة.

وفي مبسوط شيخ الإسلام وشمس الأئمة: إنما تسقط نفقة المرتدة في العدة إذا أخرجت للحبس من بيت العدة، أما إذا أعيدت ولم تخرج من بيت الزوج للحبس؛ لا تسقط النفقة، ولهذا قال في الجامع: فلو عادت إلى بيتها مسلمة أو مرتدة؛ عادت نفقتها، بخلاف ما بعد اللحاق.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

فَصَارَت كَمَا إِذَا كَانَت نَاشِزَة، بِخِلَافِ المَهرِ بَعدَ الدُّخُولِ، لِأَنَّهُ وُجِدَ التَّسلِيمُ فِي حَقِّ المَهرِ بِالوَطءِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا جَاءَت الفُرقَةُ مِن قِبَلِهَا بِغَيرِ مَعصِيَة، كَخِيَارِ العِتقِ وَخِيَارِ البُلُوغِ وَالتَّفرِيقِ لِعَدَمِ الكَفَاءَةِ، لِأَنَّهَا حَبَسَت نَفسَهَا بِحَقٍّ، وَذَلِكَ لَا يُسقِطُ النَّفَقَةَ، كَمَا إِذَا حَبَسَت نَفسَهَا لِاستِيفَاءِ المَهرِ.

(وَإِن طَلَّقَهَا ثَلَاثًا ثُمَّ ارتَدَّت، وَالعِيَاذُ بِاللَّهِ، سَقَطَت نَفَقَتُهَا، وَإِن مَكَّنَت ابنَ زَوجِهَا مِن نَفسِهَا فَلَهَا النَّفَقَةُ) مَعنَاهُ: مَكَّنَت بَعدَ الطَّلَاقِ، لِأَنَّ الفُرقَةَ تَثبُتُ بِالطَّلقَاتِ الثَّلَاثِ، وَلَا عَمَلَ فِيهَا لِلرِّدَّةِ وَالتَّمكِينِ، إِلَّا أَنَّ المُرتَدَّةَ تُحبَسُ حَتَّى تَتُوبَ، وَلَا نَفَقَةَ لِلمَحبُوسَةِ، وَالمُمَكِّنَةُ لَا تُحبَسُ فَلِهَذَا يَقَعُ الفَرقُ.

وفي الذخيرة: لو عادت إلىَ دار الإسلام فلها النفقة والسكنى، فيحمل ما ذكر في الجامع على أنه [حكم][1] بلحاقها.

وعن الشافعي وأحمد [٥١٢/ب]: لو عادت إلى الإسلام تعود نفقتها؛ لأنها لم تبن منه عندهما.

قوله: (سقطت نفقتها): في المبسوط[2]: سقطت لا لعين الردة؛ بل لأنها تحبس، والمحبوسة بحق لا تستوجب النفقة حال قيام النكاح، فكذا في العدة، حتى لو ارتدت ولم تحبس، بل هي في بيت الزوج، أو بانت فرجعت إلى بيت الزوج؛ فلها النفقة لعدم الحبس. أما [لو][3] مكَّنَت أوِ ارتَدَّت بعد طلاق الرجعيّ فحبست أولًا؛ فلا نفقة لها، فكانت الفرقة حاصلة بمعصية، فصارت كما لو ارتدت حال قيام النكاح، ووقعت الفرقة وسقطت النفقة ثم أسلمت، لا تعود النفقة.

وفي الذخيرة: والمعتدة إذا خرجت من بيت العدة سقطت نفقتها، وهذا عندنا ما دامت على النشوز، فإذا عادت إلى بيت الزوج لها النفقة والسكنى، كما في حال قيام النكاح.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسَّرَخسِي (٥/ ٢٠٥).
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

....

وفي شرح الطحاوي: الأصل أن كل امرأة كانت لها النفقة يوم طلقت، ثم صارت إلى حال لا نفقة لها يوم طلقت، فليس لها نفقة أبدًا، فلها أن تعود وتأخذ النفقة. وكل امرأة لا نفقة لها يوم طلقت؛ فليس لها نفقة أبدًا. فلو طلقها وهي أمة طلاقًا بائنًا، وقد كان بوّأها المولى بيتًا معه، ثم أخرجها المولى لخدمته؛ سقطت نفقتها، ولو أعادها المولى إلى بيت الزوج تأخذ النفقة. ولو لم يكن بوّأها يوم طلقت، فأراد المولى أن يبوئها في العدة ليأخذ النفقة؛ لا يجب النفقة. وكذا لو ارتدت حال قيام النكاح وسقطت النفقة، ووقفت ثم أسلمت؛ فلا تعود النفقة.

ولو ارتدت في العدة ثم أسلمت فلها النفقة، إلا إذا ألحقت بدار الحرب على ما ذكرنا.

ولو قبّلت ابن زوجها في العدة لا تسقط نفقتها، وكذلك السكنى. ولو كانت ناشزة وقت الطلاق، وعادت إلى داره في العدة لها النفقة، وهذا يشكل على هذا الأصل.

والعذر: أن النفقة كانت واجبة لها، إلا أنها منعت نفسها عن حق واجب لها، فلها أن تعود وتأخذ النفقة. ولو أن المرأة تطاولت لها العدة؛ فلها النفقة والسكنى إلى أن تدخل حَدَّ الإياس.

فروع

أبرأته من النفقة في المستقبل وهي زوجة؛ لم يصح. ولو أبرأته عنها في عقد الخلع صح؛ لأن الإبراء في الخلع إبراء بعوض، وهو استيفاء، والاستيفاء قبل الوجوب. وفي الأول الإبراء إسقاط، والإسقاط قبل الوجوب لا يجوز.

ولو صالحت المعتدة عن نفقته العدة على دارهم، ينظر: إن كانت عدتها بالحيض؛ لا تصح لجهالتها، وإن كانت بالأشهر جاز الصلح؛ لأن المدة معلومة.

وفي الذخيرة: قال محمد: نفقة العدة كنفقة النكاح، ومن لا يستحق النفقة

فَصْلٌ: [نَفَقَةُ الأَوْلادِ]

(وَنَفَقَةُ الأَولَادِ الصِّغَارِ عَلَى الأَبِ لَا يُشَارِكُهُ فِيهَا أَحَدٌ كَمَا لَا يُشَارِكُهُ فِي نَفَقَةِ الزَّوجَةِ) لِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وَالمَولُودُ لَهُ هُوَ الأَبُ (وَإِن كَانَ الصَّغِيرُ رَضِيعًا فَلَيسَ عَلَى أُمِّهِ أَن تُرضِعَهُ) ....

حال النكاح لا يستحقها في العدة.

وقال الخصاف في نفقاته: كل نكاح يتوارث الزوجان فيه بالزوجية؛ تجب النفقة في عدة الوفاة والطلاق بعد الوطء.

قال الإمام السرخسي: هذا الأصل غير سديد على أصل أبي حنيفة، فإن الذمي لو تزوج بأمة؛ فإنها تستحق النفقة عنده ولا يتوارثان بالزوجية، قيل: لا ينتقض الأصل الذي ذكره الخصاف بذلك؛ لأنه لم يقل: وما لا فلا. والنقض سؤال على العكس.

أجيب: ينتقض؛ لأن تخصص الحكم بأصل في الرواية يدل على انتفاء الحكم بانتفائه.

وللملاعنة النفقة والسكنى عندنا، وعند الشافعي لا نفقة لها. وفي السكنى قولان، في قول: لا يجب كالنفقة. وفي قول: يجب.

فصل

قوله: (لا يشاركه)؛ أي: لا يشارك الأب في نفقة الأولاد الصغار أحد، وهو ظاهر الرواية.

وعن أبي حنيفة: أن نفقة الولد على الأب والأم أثلاثًا بحسب ميراثها، وبإجماع الأئمة الأربعة تجب نفقة الولد الصغير على الأب، وظاهر الرواية أن في مؤنة الرضاع لا يشارك [الأبَ][1] أحدٌ فكذا في النفقة، ولأن الأم في قوله تعالى ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣] للاختصاص، فصار الولد كالعبد، ونفقة العبد على المولى لا يشاركه أحد، فكذا هنا. [كذا][2] في المبسوط[3].

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) المبسوط للسَّرَخسِي (٥/٢٠٨).

....

وجه التمسك بهذه الآية في وجوب نفقة الأولاد: وهو أنه تعالى أوجب نفقة المرضعات على المولود له وهو الأب، بسبب إرضاع الولد؛ لما أن الحكم المرتب على اللفظ المشتق دليل على أن مأخذ الاشتقاق علة لذلك الحكم، كما في الزاني [والسارق، فلما وجبت نفقتهن بسبب الإرضاع؛ كان إيجاب نفقة الولد عليه أولى](١).

والأظهر في التمسك: [ما تمسك](٢) في المبسوط بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] والنفقة بعد [٥١٣/أ] الفطام بمنزلة مؤنة الرضاع قبل ذلك؛ إذ هما لا يتفارقان، فمتى وجبت عليه مؤنة الرضاع يجب عليه النفقة.

ولأن الولد جزؤه، فتكون نفقته عليه كنفقته على نفسه، ويجب نفقته على الأم إذا لم يكن له أب، أو معسر والأم موسرة عندنا. وبه قال الشافعي وأحمد.

وعن مالك: لا يجب عليها لعدم العصوبة لها ولولدها، فإذا وجبت عليها، هل ترجع الأم على الأب إذا أيسر؟

حكى ابن قدامة عن الأئمة الأربعة عدم الرجوع، وقال أبو يوسف ومحمد: ترجع.

وفي جوامع الفقه: إذا لم يكن [للأب](٣) مال والجد أو الأم أو العم أو الخال موسر؛ يجبر على نفقة الصغير، ويرجع بها على الأب إذا أيسر، وكذا يجبر الأبعد إذا غاب الأقرب ثم يرجع، ولم يحك خلافا.

وفي نفقات الشهيد: خلع امرأته وغاب، وطالبت عم أولادها؛ فعلى العم ثلثا نفقتهم، وعلى الأم الثلث إذا كانا موسرين، ويكون دينا على الأب، يرجع كل منهما عليه إن كان بأمر الحاكم.

قال القاضي: هكذا إذا كانت الغيبة منقطعة. ونفقة الصغير على الجد والأم

---
(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ الكِفَايَةَ عَلَى الأَبِ وَأُجرَةَ الرَّضَاعِ كَالنَّفَقَةِ، وَلِأَنَّهَا عَسَاهَا لَا تَقدِرُ عَلَيهِ لِعُذرٍ بِهَا، فَلَا مَعنَى لِلجَبرِ عَلَيهِ. وَقِيلَ فِي تَأوِيلِ قَوله تَعَالَى: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣] بِإِلزَامِهَا الإِرضَاعَ مَعَ كَرَاهَتِهَا، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرنَا بَيَانُ الحُكمِ، وَذَلِكَ إِذَا كَانَ يُوجَدُ مَن تُرضِعُهُ، أَمَّا إِذَا كَانَ لَا تُوجَدُ مَن تُرضِعُهُ تُجبَرُ الأُمُّ عَلَى الإِرضَاعِ صِيَانَةً لِلصَّبِيِّ عَنِ الضَّيَاعِ.

قَالَ: (وَيَستَأجِرُ الأَبُ مَن تُرضِعُهُ عِندَهَا) أَمَّا استِئجَارُ الأَبِ فَلِأَنَّ الأَجرَ عَلَيهِ، وَقَولُهُ: «عِندَهَا»: مَعنَاهُ إِذَا أَرَادَت ذَلِكَ لِأَنَّ الحَجرَ لَهَا.

بقدر ميراثهما في ظاهر الرواية، وبه قال أحمد.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنها على الجد وحده لجعله كالأب، وبه قال الشافعي.

قوله: **(فلا معنى للجبر عليه)**؛ أي: على الإرضاع، هذا إذا وجد من ترضعه [فإن لم يوجد ولم يكن بها علة؛ تجبر صيانة له عن الضياع.

وفي الذخيرة: لو كان لا يوجد من يرضعه][1] أو لا يأخذ ثدي غيرها تجبر.

وذكر الحلواني: في ظاهر الرواية: لا تجبر؛ لأن الولد قد يتغذى بالدهن والشراب وبقية الألبان، فلا يؤدي ترك إجبارها على التلف، وإلى الأول مال القُدوري والسَّرَخْسِي.

قوله: **(وهذا الذي ذكرنا)**؛ أي: عدم الجبر **(بيان الحكم)**؛ أي: بيان الحكم قضاء لا ديانة؛ لأن المستحق عليها بالنكاح تسليم النفس للاستمتاع، وما سوى ذلك من الأعمال تؤمر به ديانة، ولا تجبر في الحكم، كغسل الثياب وكنس البيت والطبخ، فكذا في الإرضاع. كذا في المبسوط[2].

قوله: **(لأن الحجر)**؛ أي: التربية **(لها)** بحق الحضانة، ولا عليها أن تمكث في بيت الأم إلا أن يشترط ذلك عليها؛ بل لها أن ترضعه ثم ترجع إلى

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٥/ ٢٠٩).

(وَإِن استَأجَرَهَا وَهِيَ زَوجَتُهُ أَو مُعتَدَّتُهُ لِتُرضِعَ وَلَدَهَا لَم يَجُز) لِأَنَّ الإِرضَاعَ مُستَحَقٌّ عَلَيهَا دِيَانَة. قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣] إِلَّا أَنَّهَا

منزلها، ويحمل الصبي معها إليه، أو تقول: أخرجوه، فترضعه عند فناء الدار، ثم تدخل الصبي إلى أمه. ذكره الشهيد.

وفي المغني: للزوج منعها من إرضاع ولدها من غيره إلا لضرورة، بأن لا يوجد غيرها، أو لا يأخذ ثدي غيرها، وهل له أن يمنعها من إرضاع ولدها منه؟

فيه وجهان: أحدهما: المنع كغير ولده، وبه قال الشافعي.

والثاني: ليس له منعها، وبه قال أصحابنا؛ إذ الإرضاع واجب عليها بالنص، وهو قوله تعالى: ﴿وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ﴾ فإنه صيغة الخبر، ولا يصح حمل الآية على المطلقات؛ لأنه تخصيص بغير دليل.

فإن آجرت نفسها للإرضاع ثم تزوجت؛ فليس للزوج منعها من ذلك حتى تنقضي مدة الإجارة فسخها، فإذا نام الصبي أو اشتغل بغيرها؛ فله الاستمتاع بها، وليس لولي [الصبي][(١)] منعه من ذلك، وبه قال الشافعي. وقال مالك: ليس له وطئها إلا برضاء الولي؛ لأنه ينقص اللبن.

قلنا: إذا جاز وطئها بإذن الولي تجوز بغير إذنه أيضًا بالعقد المشروع؛ لأن إذن الولي غير معتبر فيما يضر بالصبي.

ولو آجرت نفسها للإرضاع يجوز بإذن الزوج، وبغير إذنه لا يجوز؛ لأن الحق له، وهو أحد الوجهين للشافعية، والثاني: يجوز وله فسخها [إن شاء، وعندنا: له فسخها][(٢)] إذا لم يعلم بها، وليس له منعه من وطئها، فإذا حبلت فله فسخها للضرر، كما لو مرضت.

ولو استأجر زوجته أو معتدته عن طلاق رجعي؛ لم يجز عندنا، وبه قال الشافعي. وقال أحمد: يجوز.

وقوله: (مستحق عليه ديانة. قال تعالى: ﴿يُرۡضِعۡنَ﴾)، وهذا أمر بصيغة الخبر.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

عُذِرَت لِاحتِمَالِ عَجزِهَا، فَإِذَا أَقدَمَت عَلَيهِ بِالأَجرِ ظَهَرَت قُدرَتُهَا فَكَانَ الفِعلُ وَاجِبًا عَلَيهَا فَلَا يَجُوزُ أَخذُ الأَجرِ عَلَيهِ، وَهَذَا فِي المُعتَدَّةِ عَن طَلَاق رَجعِيٍّ رِوَايَةٌ وَاحِدَة لِأَنَّ النِّكَاحَ قَائِمٌ، وَكَذَا فِي المَبتُوتَةِ فِي رِوَايَة، وَفِي رِوَايَة أُخرَى: جَازَ استِئجَارُهَا لِأَنَّ النِّكَاحَ قَد زَالَ. وَجهُ الأُولَى: أَنَّهُ بَاق فِي حَقِّ بَعضِ الأَحكَامِ.

(وَلَو استَأجَرَهَا وَهِيَ مَنكُوحَتُهُ أَو مُعتَدَّتُهُ لِإِرضَاعِ ابنٍ لَهُ مِن غَيرِهَا جَازَ) لِأَنَّهُ غَيرُ مُستَحَقٍّ عَلَيهَا (وَإِن انقَضَت عِدَّتُهَا فَاستَأجَرَهَا) يَعنِي: لِإِرضَاعِ وَلَدِهَا (جَازَ) لِأَنَّ النِّكَاحَ قَد زَالَ بِالكُلِّيَّةِ وَصَارَت كَالأَجنَبِيَّةِ (فَإِن قَالَ الأَبُ: لَا أَستَأجِرُهَا وَجَاءَ بِغَيرِهَا فَرَضِيَت الأُمُّ بِمِثلِ أَجرِ الأَجنَبِيَّةِ، أَو رَضِيَت بِغَيرِ أَجر كَانَت هِيَ أَحَقَّ) لِأَنَّهَا أَشفَقُ، فَكَانَ نَظَرًا لِلصَّبِيِّ فِي الدَّفعِ إِلَيهَا (وَإِن التَمَسَت زِيَادَة لَم يُجبَر الزَّوجُ عَلَيهَا) دَفعًا لِلضَّرَرِ عَنهُ وَإِلَيهِ الإِشَارَةُ بِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوۡلُودٞ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦۚ﴾ [البقرة: ٢٣٣] أَي بِإِلزَامِهِ لَهَا أَكثَرَ مِن أُجرَةِ الأَجنَبِيَّةِ.

ولأن عقد النكاح للسكن، ولا سكن إلا بعد اجتماعهما على إقامة المصالح، ومن جملة ذلك الإرضاع؛ لأن أجر الإرضاع لحفظ الصبي، وحفظه من جملة نظافة البيت، إلا أنها عذرت لاحتمال عجزها.

(وفي المبتوتة)؛ أي: في العدة روايتان، في ظاهر الرواية: جاز استئجارها لانقطاع النكاح. وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة: لا يجوز.

وتعليل الشافعي: أن المنافع التي لها ملكه، فلا يجوز أن يعقد على بعض ملكه.

يرد عليهم: إن وُطِئَت بشبهة فالعقر لها، ولو كانت ملكه لوجب أن يكون بدلها له.

(وجه الأولى أنه)؛ أي: النكاح **(باق في بعض الأحكام)** وهي العدة، ووجوب النفقة، والسكنى، وعدم جواز دفع [٥١٣/ب] زكاته إليها، وشهادته لها، فلا يجوز استئجارها، كما في حال قيام النكاح.

قوله: (﴿وَلَا مَوۡلُودٞ لَّهُۥ﴾)؛ أي: الأب (﴿بِوَلَدِهِۦۚ﴾) قالوا: مضارة الأب بإلزام الزيادة على أجر المثل.

(وَنَفَقَةُ الصَّغِيرِ وَاجِبَةٌ عَلَى أَبِيهِ وَإِن خَالَفَهُ فِي دِينِهِ، كَمَا تَجِبُ نَفَقَةُ الزَّوجَةِ عَلَى الزَّوجِ وَإِن خَالَفَتهُ فِي دِينِهِ) أَمَّا الوَلَدُ فَلِإِطلَاقِ مَا تَلَونَا، وَلِأَنَّهُ جُزؤُهُ فَيَكُونُ فِي مَعنَى نَفسِهِ، وَأَمَّا الزَّوجَةُ فَلِأَنَّ السَّبَبَ هُوَ العَقدُ الصَّحِيحُ، فَإِنَّهُ بِإِزَاءِ الِاحتِبَاسِ الثَّابِتِ بِهِ، وَقَد صَحَّ العَقدُ بَينَ المُسلِمِ وَالكَافِرَةِ وَتَرَتَّبَ عَلَيهِ الِاحتِبَاسُ فَوَجَبَت النَّفَقَةُ.

وَفِي جَمِيعِ مَا ذَكَرنَا: إِنَّمَا تَجِبُ النَّفَقَةُ عَلَى الأَبِ إِذَا لَم يَكُن لِلصَّغِيرِ مَالٌ،

وقوله: (وإن خالفه في دينه) بأن أسلم الابن بنفسه والأب كافر، أو على العكس، فإن إسلام الصبي العاقل وارتداده صحيح.

وفي المنافع: صورته: أسلمت أمه؛ فيحكم بإسلامه تبعًا لأمه، خلافًا لمالك.

وإما أن يكون مسلمًا وولده صغير نصراني، فلا إمكان شرعًا؛ لإطلاق ما تلونا، وهو قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ﴾ الآية.

قوله: (للصغير مال) فإن النكرة في موضع النفي تعم جميع أجناس الأموال، حتى لو كان للصغير عقار وحيوان وثياب؛ للأب أن يبيع ذلك كله وينفق عليه؛ لأن الصغير غني بهذه الأشياء. كذا في الذخيرة.

ولو لم يكن للصغير مال؛ فللأب أن يكتسب وينفق على ولده، يجبر على ذلك ويحبس، وبه قال الشافعي، بخلاف سائر الديون، حيث لا يحبس، فإن الأب وإن علا لا يحبس في ديون الأولاد، وفي هذا الدين يحبس؛ لما أن في الامتناع عن الكسب إتلاف الروح، والأب يستوجب العقوبة عند قصده إتلاف ولده، كما لو عدا على ابنه بالسيف؛ كان للابن أن يقتله، بخلاف سائر الديون.

ولو كان عاجزًا عن الكسب بالزمانة، أو بأنه مقعد؛ يتكفف الناس وينفق عليهم. هكذا ذكر الخصاف في نفقاته.

ومن المتأخرين من قال: نفقة الأولاد في هذه الصورة في بيت المال؛ لأن نفقة هذا الأب في بيت المال، فكذا نفقة أولاده.

والصحيح: الذي له قوة العمل إلا أنه لا يحسن العمل؛ فنفقته على الأب؛ لأنه إذا كان لا يحسن العمل، فالناس لا يأمرونه بالعمل، فصار كالعاجز.

أَمَّا إِذَا كَانَ فَالأَصلُ أَنَّ نَفَقَةَ الإِنسَانِ فِي مَالِ نَفسِهِ صَغِيرًا كَانَ أَو كَبِيرًا.

فَصلٌ: [نَفَقَةُ الآبَاءِ وَالأَجْدَادِ وَالخَادِمِ]

(وَعَلَى الرَّجُلِ أَن يُنفِقَ عَلَى أَبَوَيهِ وَأَجدَادِهِ وَجَدَّاتِهِ إِذَا كَانُوا فُقَرَاءَ وَإِن خَالَفُوهُ فِي دِينِهِ) أَمَّا الأَبَوَانِ فَلِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥] ....

قال الحلواني: الصحيح قد لا يقدر على العمل بحرفة، أو لكونه من أهل البيوتات، فيكون عاجزًا عن الكسب، فكانت نفقته على الأب، وهكذا قالوا في طالب العلم إذا كان لا يهتدي إلى الكسب؛ لا تسقط نفقته عن الأب، كالزمن والأنثى. هذا كله من الذخيرة.

قوله: (**وأما إذا كان**) للصغير مال؛ فنفقته في ماله كما ذكرنا، وكذا أجرة رضاعه، وهذا بإجماع أهل العلم. وكذا ولد ولده وإن سفلوا.

وعن مالك: لا تجب نفقة الولد على الجد وبعض العلماء، حيث قال: نفقة الأولاد الصغار والكبار على الأب؛ لإطلاق الآية، ولحديث هند.

فصل

(**وعلى الرجل**): وفي المبسوط: يجبر الرجل الموسر على نفقة أبيه وأمه إذا كانا محتاجين[(١)]، وعلى أب الأب وإن علا، وعلى أب الأم وإن علا، وعلى أم الأب وإن علت، وعلى أم الأم وإن علت. وفيه خلاف كما ذكرنا.

(**إذا كانوا فقراء**) وشرط الشافعي في ذلك: أن يكون الأب زَمِنًا، ولم يوافقه أحد.

وفي التنبيه: تجب على الأولاد ذكورِهم وإناثِهم نفقةُ الوالدَين وإن علَوا، بشرط الفقر والزمانة، أو الجنون مع الصحة قولان، أصحهما: لا يجب.

قوله: (﴿مَعْرُوفًا﴾): وفسر النبي عليه السلام حسن المصاحبة «**بأن يطعمهما إذا جاعا ويكسوهما إذا عريا**».

---

(١) المبسوط للسَّرَخسي (٥/ ٢٢٢).

نَزَلَت الآيَةُ فِي الأَبَوينِ الكَافِرِينِ، وَلَيسَ مِن المَعرُوفِ أَن يَعِيشَ فِي نِعَمِ اللَّهِ تَعَالَى وَيَترُكَهُمَا يَمُوتَانِ جُوعا، وَأَمَّا الأَجدَادُ وَالجَدَّاتُ فَلِأَنَّهُم مِن الآبَاءِ وَالأُمَّهَاتِ، وَلِهَذَا يَقُومُ الجَدُّ مَقَامَ الأَبِ عِندَ عَدَمِهِ وَلِأَنَّهُم سَبَّبُوا لِإِحيَائِهِ فَاستَوجَبُوا عَلَيهِ الإِحيَاءَ بِمَنزِلَةِ الأَبَوينِ. وَشُرِطَ الفَقرُ لِأَنَّهُ لَو كَانَ ذَا مَال، فَإِيجَابُ نَفَقَتِهِ فِي مَالِهِ أَولَى مِن إِيجَابِهَا فِي مَالِ غَيرِهِ، وَلَا يُمنَعُ ذَلِكَ بِاختِلَافِ الدِّينِ لِمَا تَلَونَا (وَلَا تَجِبُ

(نزلت في حق الأبوين الكافرين) بدليل ما تقدم، وهو قوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ حُسْنًا﴾ [العنكبوت: ٨] الآية.

وفي المبسوط[1]: قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ﴾ نهى عن التأفيف لمعنى الأذى، والأذى في منع النفقة عند حاجتهما أكثر، ولهذا يلزم نفقتهما وإن كانا قادرين على الكسب؛ لأن معنى الأذى في الكد والتعب أكثر منه في التأفيف، وقال عليه السلام: «**إن أطيب ما يأكل الرجل من كسبه، وإن ولده من كسبه، فكلوا من كَسْبِ أولادكم**»[2].

ولهذا قيل: الحديث بإطلاقه حجة على الشافعي في اشتراطه الزمانة أو الجنون.

قال الحلواني: إذا كان الأب قادرًا على الكسب؛ لا يجبر الابن على نفقته؛ لأنه كان غنيًّا باعتبار الكسب، فلا ضرورة في إيجاب النفقة على الغير.

وقال السَّرَخْسِي: إذا كان الابن قادرًا على الكسب؛ لا يجب نفقته على الأب، أما لو كان الأب قادرًا على الكسب؛ تجب على الابن نفقته؛ لما ذكرنا أن معنى الأذى في الكد والتعب أكثر منه في التأفيف.

قوله: (أولَى من إيجابها في مال غيره): قال عليه السلام: «**كُلٌ مِن كَدِّ**

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسي (٥/ ٢٢٢).

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٨ برقم ٣٥٢٨)، والترمذي (٣/ ٦٣١ برقم ١٣٥٨)، وابن ماجه (٢/ ٧٢٣ برقم ٢١٣٧)، والحاكم (٢/ ٥٣ برقم ٢٢٩٥) من حديث عائشة رضي الله عنها.
قال الترمذي: هذا حديث حسن.

النَّفَقَةُ مَعَ اختِلَافِ الدِّينِ إلَّا لِلزَّوجَةِ، وَالأَبَوينِ، وَالأَجدَادِ، وَالجَدَّاتِ، وَالوَلَدِ، وَوَلَدِ الوَلَدِ) أَمَّا الزَّوجَةُ فَلِمَا ذَكَرنَا أَنَّهَا وَاجِبَةٌ لَهَا بِالعَقدِ لِاحتِبَاسِهَا لِحَقٍّ لَهُ مَقصُودٍ، وَهَذَا لَا يَتَعَلَّقُ بِاتِّحَادِ المِلَّةِ، وَأَمَّا غَيرُهَا فَلِأَنَّ الجُزئِيَّةَ ثَابِتَةٌ وَجُزءَ المَرءِ فِي مَعنَى نَفسِهِ، فَكَمَا لَا يُمتَنَعُ نَفَقَةُ نَفسِهِ لِكُفرِهِ لَا يُمتَنَعُ نَفَقَةُ جُزئِهِ، إلَّا أَنَّهُم إِذَا كَانُوا حَربِيِّينَ لَا تَجِبُ نَفَقَتُهُم عَلَى المُسلِمِ وَإِن كَانُوا مُستَأمَنِينَ، لِأَنَّا نُهِينَا عَنِ البِرِّ فِي حَقِّ مَن يُقَاتِلُنَا فِي الدِّينِ.

(وَلَا تَجِبُ عَلَى النَّصرَانِيِّ نَفَقَةُ أَخِيهِ المُسلِمِ، وَكَذَا لَا تَجِبُ عَلَى المُسلِمِ نَفَقَةُ أَخِيهِ النَّصرَانِيِّ) لِأَنَّ النَّفَقَةَ مُتَعَلِّقَةٌ بِالإِرثِ بِالنَّصِّ بِخِلَافِ العِتقِ عِندَ المِلكِ، لِأَنَّهُ

يمينِكَ وعَرَقِ جبينِكَ»[1]. ولأن الوجوب في مال الغير للعجز، فلا يثبت عند عدمه لما تلونا من النص، وهو قوله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾، وبه قال مالك والشافعي.

وفي المغني: لا تجب النفقة مع اختلاف الدين إلا للزوجات، وفي عمود النسب روايتان.

قوله: (إلا أنهم إذا كانوا حربيّيْن)؛ يعني: [٥١٤/أ] لا يجبر المسلم أو الذمي على نفقة والديه وولده من أهل الحرب وإن استأمنوا في دارنا؛ لأن الاستحقاق بطريق الصلة على من هو في دارنا؛ ألا ترى أنهم لا يتوارثون وإن كانوا على ملة واحدة من الكفر. وكذا لا يثبت استحقاق النفقة لبعضهم على بعض.

(لأنا نهينا): قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمْ فِي ٱلدِّينِ﴾ [الممتحنة: ٩] الآية، والآية الأولى وهي قوله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥] وإن كانت مطلقة، إلا أنا خصصناها بهذه الآية.

قيل: ويرد على هذا، المبرة لأهل الحرب بالطعام والثياب.

قوله: (متعلقة بالإرث بالنص) وهو [قوله][2] تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ

---

(١) لم أقف عليه بلفظه، وأخرج البخاري (٣/ ٥٧ برقم ٢٠٧٢) من حديث المقدام رضي الله عنه عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، قَالَ: «مَا أَكَلَ أَحَدٌ طَعَامًا قَطُّ، خَيْرًا مِنْ أَنْ يَأْكُلَ مِنْ عَمَلِ يَدِهِ، وَإِنَّ نَبِيَّ اللَّهِ دَاوُدَ عَلَيْهِ السَّلَامُ، كَانَ يَأْكُلُ مِنْ عَمَلِ يَدِهِ».

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

مُتَعَلِّقٌ بِالقَرَابَةِ وَالمَحرَمِيَّةِ بِالحَدِيثِ، وَلِأَنَّ القَرَابَةَ مُوجِبَةٌ لِلصِّلَةِ، وَمَعَ الِاتِّفَاقِ فِي الدِّينِ آكَدُ وَدَوَامُ مِلكِ اليَمِينِ أَعلَى فِي القَطِيعَةِ مِن حِرمَانِ النَّفَقَةِ، فَاعتَبَرنَا فِي الأَعلَى أَصلَ العِلَّةِ، وَفِي الأَدنَى العِلَّةَ المُؤَكَّدَةَ فَلِهَذَا افتَرَقَا (وَلَا يُشَارِكُ الوَلَدَ فِي نَفَقَةِ أَبَوَيهِ أَحَدٌ) لِأَنَّ لَهُمَا تَأوِيلًا فِي مَالِ الوَلَدِ بِالنَّصِّ، وَلَا تَأوِيلَ لَهُمَا فِي مَالِ غَيرِهِ، وَلِأَنَّهُ أَقرَبُ النَّاسِ إِلَيهِمَا، فَكَانَ أَولَى بِاستِحقَاقِ نَفَقَتِهِمَا عَلَيهِ، وَهِيَ عَلَى الذُّكُورِ وَالإِنَاثِ بِالسَّوِيَّةِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَهُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّ المَعنَى يَشمَلُهُمَا.

ذَٰلِكَ ﴿ ولا يجري الإرث بين المسلم والكافر.

قيل: الضابط عند الرحم والمحرمية والإرث بشرط، حتى وجبت على الخال والخالة والعمة دون ابن العم، والميراث له.

أجيب: أن المراد في صورة الإخوة أولًا قرابة شرعًا باختلاف الدين، فيكون الإرث مستلزمًا للقربة.

قوله: (لا يشارك الولد) إلى آخره: كما لا يشارك الأب في نفقة ولده أحد في ظاهر الرواية **(بالنص)**، وهو قوله عليه السلام: «**أنتَ ومالكَ لأبيكَ**»(١) والأم ملحقة به.

قوله: (هو الصحيح) احتراز عما روى الحسن عن أبي حنيفة: أن النفقة بين الذكور والإناث أثلاثًا، للذكر مثل حظ الانثيين على قدر الميراث، وعلى قياس نفقة ذوي الأرحام، وبه قال الشافعي وأحمد.

قال في الذخيرة: والأول أظهر الروايتين، وهو الأصح **(لأن المعنى)** وهو الولاد **(يشملهما)**؛ إذ باعتبار الجزئية استحقاق النفقة. ولأن استحقاق النفقة باعتبار حق الملك لهما في مال الولد، وفي الذكر والأنثى سواء، والإرث غير معتبر في حقهم، ولهذا وجبت نفقتهم مع اختلاف الدين ولا ميراث.

ولو اجتمع للفقير أب وابن؛ فالنفقة كلها على الابن عندنا. وعند أحمد على الأب. وللشافعية وجهان: أحدهما: على الأب، والثاني: عليهما.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (**٢/ ٧٦٩ برقم ٢٢٩٢**) من حديث سيدنا عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما. وأخرجه ابن حبان (٢/ ١٤٢ برقم ٤١٠) من طريق عائشة رضي الله عنها.

(وَالنَّفَقَةُ لِكُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحرَمٍ إِذَا كَانَ صَغِيرًا فَقِيرًا، أَو كَانَت امرَأَةً بَالِغَةً فَقِيرَةً، أَو كَانَ ذَكَرًا بَالِغًا فَقِيرًا زَمِنا، أَو أَعمَى) لِأَنَّ الصِّلَةَ فِي القَرَابَةِ القَرِيبَةِ وَاجِبَةٌ دُونَ البَعِيدَةِ، وَالفَاصِلُ أَن يَكُونَ ذَا رَحِمٍ مُحَرَّمٍ، ....

قلنا: للأبوين تأويل في مال ولدهما بالنص، ولا تأويل لهما في مال الأب، ولو كان الولد معسرًا وهما معسران أيضًا فليس عليه نفقتهما؛ لاستوائهم في الحال، فلم يكن إيجاب نفقته على صاحبه أولى من الآخر.

وعن أبي يوسف: لو كان الأب زمنًا وكسب الابن لا يفضل عن نفقته؛ فعليه أن يضم الأب إلى نفسه؛ لأنه لو لم يفعل ضاع الأب، ولو فعل لا يخشى عليه الهلاك، فالإنسان لا يهلك على نصف بطنه. كذا في المبسوط[١].

قال الشاعر[٢]:

كُلُوا فِي بَعْضِ بَطْنِكُم تَعَفُّوا

ولو قال الأب: ابني كسوب يترك العمل كيلا يفضل ما يعطيني؛ نظر القاضي وأجبره على النفقة.

[قوله:][٣] **(والنفقة لكل ذي رحم)**؛ أي: واجبة.

وفي المبسوط: ويجبر على نفقة كل ذي رحم منه إذا كان فقيرًا[٤].

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٥/ ٢٢٢).

(٢) صدر بيت من الوافر، عجزه:

فَإِنَّ زَمَانَكُم زَمَنٌ خَمِيصُ

و البيت بلا نسبة في أسرار العربية (ص ٢٢٣)، وتخليص الشواهد (ص ١٥٧)، وخزانة الأدب (٧/ ٥٣٧، ٥٥٩، ٥٦٠، ٥٦٣)، والدرر (١/ ١٥٢)، وشرح أبيات سيبويه (١/ ٣٧٤)، والكتاب (١/ ٢١٠)، والمحتسب (٢/ ٨٧)، والمقتضب (٢/ ١٧٢)، وهمع الهوامع (١/ ٥٠).

اللغة: تعفوا: تُمنح لكم العافية. الخميص: الجدب والجوع.

المعنى: على الإنسان أن يحسب للأيام الشديدة حسابها، وحتى الطعام يجب الإقلال منه، فأول فائدة منه هي الصحة.

والشاهد فيه قوله: "في بطنكم" حيث وضع "البطن" موضع "البطون" اجتزاءً بالمفرد عن الجمع.

(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٤) المبسوط للسرخسي (٥/ ٢٢٣).

وَقَد قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَۗ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وَفِي قِرَاءَةِ عَبدِ اللَّهِ بنِ مَسعُود «وَعَلَى الوَارِثِ ذِي الرَّحِمِ المُحَرَّمِ مِثلُ ذَلِكَ»، ثُمَّ لَا بُدَّ مِن الحَاجَةِ وَالصِّغَرِ

وقال أحمد: تجب على كل وارث، وبه قال ابن أبي ليلى؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَۗ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

وقال الشافعي: لا تجب نفقة غير الوالدين والمولودين من الأقارب، كالأخوة والأعمام.

هو يقول: استحقاق النفقة في الولاد باعتبار الحرية، حتى لا يعتق أحد على أحد إلا الوالدين والمولودين عنده لا القرابة، ولهذا لا تجب نفقة ابن العم بالاتفاق، وحمل قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَۗ﴾ على نفي المضارة دون النفقة، وكذا مروي عن ابن عباس.

ولنا: قول عمر وزيد بن ثابت أنهما قالا: "وعلى الوارث مثل ذلك في النفقة لا نفي المضارَّة"؛ لأن نفي المضارة لا تختص بالوارث؛ بل تجب على غير الوارث، كما في الوارث على أن الكتابة في قوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ﴾ يكون للأبعد، وإذا أريد به الأقرب يقال (هذا)، فعرفنا أن ذلك ينصرف إلى قوله: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾، إلا إنا شرطنا أن يكون القريب ذي الرَّحِم المُحَرَّم، حتى لو كان للمعسر خال وابن عم فنفقته على خاله؛ لأنه محرم، ويحرز ميراثه ابن عمه بقراءة ابن مسعود ﴿وعلى الوارث ذي الرحم المحرم﴾ فقيد به المطلق؛ لأنه مشهور.

والمعنى: أن القرابة القريبة يفرض وصلها ويحرم قطعها، قال عليه السلام: «**ثلاثٌ معلَّقاتٌ بالعرشِ: النعمةُ والأمانةُ والرَّحِمُ، تقولُ النِّعمةَ: كُفِرْتُ ولا أُشْكَرُ. وتقولُ الأمانةُ: خُوِّنْتُ ولم أُرَدَّ. وتقولُ الرَّحِمُ: قُطِعْتُ ولم أُوصَلْ**»(١) وقد جعل الله تعالى قطيعة الرحم من الملاعن بقوله تعالى: ﴿أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ لَعَنَهُمُ ٱللَّهُۖ﴾ [النساء: ٥٢].

---

(١) أخرجه البزار (١٠/ ١١٧ برقم ٤١٨١) بلفظ: «ثلاث متعلقات بالعرش: الرحم تقول: اللهم إني بك فلا أُقطعَ، والأمانة تقول: اللهم إني بك فلا أُخانُ، والنعمة تقول: اللهم إني بك فلا أُكْفَرُ».
من حديث سيدنا ثوبان رضي الله عنه.
=

وَالأُنُوثَةِ وَالزَّمَانَةِ وَالعَمَى أَمَارَةُ الحَاجَةِ لِتَحَقُّقِ العَجزِ، فَإِنَّ القَادِرَ عَلَى الكَسبِ .....

ومنع النفقة مع [٥١٤/ب] يسار المنفق عليه يؤدي إلى قطيعة الرحم، ولهذا اختص ذوى الرحم المحرم؛ لأن [القرابة][١] القريبة إذا بعدت لا يفرض وصلها، ولهذا لا تثبت بها المحرمية. كذا في المبسوط[٢].

ويؤيد مذهبنا ما رواه كليب بن منفعة عن جده، أنه أتى رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول الله! من أبَرُّ؟ قال: «**أمَّكَ وأباكَ وأختكَ وأخاكَ ومولاكَ الذي يلي ذاكَ، ورَحِمٌ موصولةٌ**»[٣] رواه أبو داود.

وما رواه طارق المحاربي أنه قال: قدمت المدينة والنبي عليه السلام يخطب، وهو يقول: «**يدُ المعطي العُليا وابدأ بمن تعولُ، أمَّكَ وأباكَ وأختكَ وأخاكَ ثمَّ أدناكَ أدناكَ**»[٤]. رواه النسائي.

وما في حديث [ابن][٥] معاوية بن [حيدرة][٦] القشيري قلت: يا رسول الله! من أبرُّ؟ قال: «**أمَّكَ**»، ثم من؟ قال: «**أباك ثم الأقربَ فالأقرب**»[٧]. رواه أبو داود، وأحمد، والترمذي، وقال: حديث حسن.

وعن أبي هريرة، جاء رجل إلى النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله، من أحق الناس بحسن صحابتي؟ قال: «**أمَّكَ**»، قال: ثم من؟ قال: «**أمَّكَ**» قال: ثم من؟ قال: «**أباك**»[٨] أخرجاه، وزاد مسلم: «**ثمَّ أدناكَ أدنَاكَ**».

= قال الهيثمي: في إسناده يزيد بن ربيعة الرحبي؛ وهو متروك. وقال ابن عدي: أرجو أنه لا بأس به. مجمع الزوائد (٨/ ١٤٩).

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية. (٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٥/ ٢٢٤).

(٣) أخرجه أبو داود (٤/ ٣٣٦ برقم ٥١٤٠) من حديث كليب بن منفعة عن جده رضي الله عنهما.

(٤) أخرجه النسائي (٥/ ٦١ برقم ٢٥٣٢)، وابن حبان (٨/ ١٣١ برقم ٣٣٤١) من حديث سيدنا طارق المحاربي رضي الله عنه.

(٥) زيادة يقتضيها السياق.

(٦) كذا بالنسخ الخطية، وفي سنن أبي داود (حيدة).

(٧) أخرجه أبو داود (٤/ ٣٣٦ برقم ٥١٣٩)، والترمذي (٤/ ٣٠٩ برقم ١٨٩٧).
قال الترمذي: هذا حديث حسن.

(٨) أخرجه البخاري (٨/ ٢ برقم ٥٩٧١)، ومسلم (٤/ ١٩٧٤ برقم ٢٥٤٨) من حديث سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه.

غَنِيٌّ بِكَسبِهِ. بِخِلَافِ الأَبَوينِ، لِأَنَّهُ يَلحَقُهُمَا تَعَبُ الكَسبِ وَالوَلَدُ مَأمُورٌ بِدَفعِ الضَّرَرِ عَنهُمَا، فَتَجِبُ نَفَقَتُهُمَا مَعَ قُدرَتِهِمَا عَلَى الكَسبِ. قَالَ: (وَيَجِبُ ذَلِكَ عَلَى مِقدَارِ المِيرَاثِ وَيُجبَرُ عَلَيهِ) لِأَنَّ التَّنصِيصَ عَلَى الوَارِثِ تَنبِيهٌ عَلَى اعتِبَارِ المِقدَارِ، وَلِأَنَّ الغُرمَ بِالغُنمِ وَالجَبرَ لِإِيفَاءِ حَقٍّ مُستَحَقٍّ.

وفي صحيح مسلم: «فإنَّ فَضِلَ عن أهلكِ شيءٌ فلذي قرابتِكَ»[1].

قوله: (غَنِيٌّ بِكَسْبِهِ): ذكر السَّرَخْسِي في شرح أدب القاضي للخصاف: أن الأب إذا كان كسوبا والابن أيضًا كسوبا؛ يجبر الابن على الكسب والنفقة عليه.

وقال الحلواني في شرحه له أيضًا: لا يجبر الابن على الكسب، واعتبره بذي الرحم المُحَرَّم، فإنه لا يستحق النفقة في كسب قريبه.

وفي ظاهر الرواية: في نفقة الوالدين يعتبر الفقر فقط لا الكسب. وقد تقدم شيء من ذلك.

(بخلاف الأبوين) فإنهما لا يكلفان بالكسب عندنا، خلافًا للشافعي، والولد مأمور بدفع الضرر عنهما، قال تعالى: ﴿وَٱخۡفِضۡ لَهُمَا جَنَاحَ ٱلذُّلِّ﴾ [الإسراء: ٢٤] الآية.

وقال تعالى: ﴿وَبِٱلۡوَٰلِدَيۡنِ إِحۡسَٰنٗا﴾ [البقرة: ٨٣]. وقال تعالى: ﴿أَنِ ٱشۡكُرۡ لِي وَلِوَٰلِدَيۡكَ﴾ [لقمان: ١٤]. وقال تعالى: ﴿وَصَاحِبۡهُمَا فِي ٱلدُّنۡيَا مَعۡرُوفٗاۖ﴾ [لقمان: ١٥] [وليس من المعروف][2] والإحسان تعريضهما للكسب، وقد تقدم شيء من ذلك.

قوله: (حق مستحق)؛ أي: واجب.

مثاله: إذا كان له أخ، أو أخت لأبوين أو لأب؛ يجب النفقة عليهما أثلاثًا، ولو كانا لأم؛ يجب عليهما نصفين كإرثهما. ولو كان له أخ لأبوين، أو لأب وله أم؛ تجب النفقة أثلاثًا، وإن كان الأخ لأم تجب أثلاثًا، الثلثان على الأم، وفي الأم والعم أثلاثًا إذا كان العم لأبوين أو لأب.

وكذا مع الأم وابن الأخ لأبوين أو لأب، ولو كان له أخ لأبوين أو لأب،

---

(١) أخرجه مسلم (٢/ ٦٩٢ برقم ٩٩٧) من حديث سيدنا جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَتَجِبُ نَفَقَةُ الِابنَةِ البَالِغَةِ وَالِابنِ الزَّمِنِ عَلَى أَبَوَيهِ أَثلَاثا، عَلَى الأَبِ الثُّلُثَانِ، وَعَلَى الأُمِّ الثُّلُثُ) لِأَنَّ المِيرَاثَ لَهُمَا عَلَى هَذَا المِقدَارِ. قَالَ العَبدُ الضَّعِيفُ: هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ رِوَايَةُ الخَصَّافِ وَالحَسَنِ، وَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ: كُلُّ النَّفَقَةِ عَلَى الأَبِ لِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وَصَارَ كَالوَلَدِ الصَّغِيرِ.

وَوَجهُ الفَرقِ: عَلَى الرِّوَايَةِ الأُولَى: أَنَّهُ اجتَمَعَت لِلأَبِ فِي الصَّغِيرِ وِلَايَةٌ وَمؤُنَةٌ حَتَّى وَجَبَت عَلَيهِ صَدَقَةُ فِطرِهِ فَاختَصَّ بِنَفَقَتِهِ، وَلَا كَذَلِكَ الكَبِيرُ لِانعِدَامِ الوِلَايَةِ فِيهِ

وأخ أو أخت لأم؛ فالنفقة عليهما أسداسًا، وكذا في الجد والجدة، وكذا في الابن والأم، وبه قال أحمد.

وفي العم والعمة والخال؛ تجب على العم خاصة؛ لأنه الوارث فيرجح به، فإن كان العم معسرًا؛ يجب على العمّة خاصة؛ والخال أثلاثًا؛ ثلثاها على العمة، وجعل المعسر كالميت.

ثم معنى **قوله**: **(يجب على مقدار الميراث)**[1] هو أن الميراث إذا ثبت بين ذوي الرحم المحرم ولم يتجاوز عنهم إلى غيرهم؛ كانت النفقة على ذي الرحم المحرَّم الذي لم يرث لا على وارث غير ذي رحم مُحَرَّم، كالخال وابن العم، فالنفقة على الخال؛ لأنه محرم، والميراث لابن العم؛ لأنه غير محرم. ذكره في المبسوط[2].

ويقيده بقراءة ابن مسعود "على الوارث ذي الرحم المحرم" كما ذكرنا.

قوله: **(وجه الفرق)**؛ أي: بين نفقة الولد الصغير والولد الكبير الزمن.

قوله: **(فاختص بنفقته)**؛ لأنه باعتبار الولاية الكاملة صار بمنزلة نفسه. أما البالغ فليس للأب عليه ولاية ليصير في معنى نفسه، فاعتبر بسائر المحارم، فتكون نفقته بقدر ميراثه. وبرواية الحسن قال الشافعي.

وفي الابن المعسر والأخ الموسر يجب على الأخ عندنا.

---

(١) انظر المتن ص ٦٧٦.

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٥/ ٢٢٧).

فَتُشَارِكُهُ الأُمُّ، وَفِي غَيرِ الوَالِدِ يُعتَبَرُ قَدرُ المِيرَاثِ حَتَّى تَكُونَ نَفَقَةُ الصَّغِيرِ عَلَى الأُمِّ وَالجَدِّ أَثلَاثًا، وَنَفَقَةُ الأَخِ المُعسِرِ عَلَى الأَخَوَاتِ المُتَفَرِّقَاتِ المُوسِرَاتِ أَخمَاسًا عَلَى قَدرِ المِيرَاثِ، غَير أَنَّ المُعتَبَرَ أَهلِيَّةُ الإِرثِ فِي الجُملَةِ لَا إِحرَازُهُ، فَإِنَّ المُعسِرَ إِذَا كَانَ لَهُ خَالٌ وَابنُ عَمٍّ تَكُونُ نَفَقَتُهُ عَلَى خَالِهِ وَمِيرَاثُهُ يُحرِزُهُ ابنُ عَمِّهِ (وَلَا تَجِبُ نَفَقَتُهُم مَعَ اختِلَافِ الدِّينِ) لِبُطلَانِ أَهلِيَّةِ الإِرثِ وَلَا بُدَّ مِن اعتِبَارِهِ ....

وقال أحمد: لا شيء عليهما؛ لأن الأخ محجوب بالابن.

قوله: (أخماسا على قدر الميراث) ثلاثة الأخماس لأخت لأبوين، والخمس لأخت لأب، والخمس لأخت لأم، فكذا النفقة على هذا التفصيل.

قوله: (غير أن المعتبر أهلية الإرث): وقيد به؛ لأنه لو لم يكن أهلًا للإرث، بأن كان مخالفًا لدينه؛ لا تجب النفقة.

قوله: (لا إحرازه)؛ لأنه لا يعتبر الإحراز كما قلنا في الخال مع ابن العم، فإن الخال لا يحرز الميراث مع ابن العم، ومع ذلك كانت النفقة على الخال.

والحاصل: أن سبب استحقاق النفقة: المحرمية وقيام سبب الإرث، لا حرمان الإرث حالة النفقة، [٥١٥/أ] ولهذا تجب النفقة حال حياة القريب، والتوارث لا يجري حال الحياة، وقد وجد في المحرم قيام سبب الإرث، ولهذا لو مات ابن العم قبل الخال؛ كان الميراث للخال بسبب الإرث قائم، والأهلية باقية؛ لأنهما مسلمان. ذكره في مبسوط شيخ الإسلام، والذخيرة.

(لا إحرازه)؛ [أي:][1] لا إحراز الإرث كما قلنا، إذا كان له خال وابن عم؛ فنفقته على خاله، وميراثه لابن عمه.

وقال أحمد والظاهرية: المعتبر إحراز الإرث.

(ولا بد من اعتباره)؛ أي: اعتبار الإرث، حتى لا يجب على النصراني نفقة أخيه المسلم، ولا على المسلم نفقة أخيه النصراني، بخلاف العتق عند الملك؛ لأنه متعلق بالقرابة بصفة المحرمية؛ لقوله عليه السلام: «**من ملك ذا**

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(وَلَا تَجِبُ عَلَى الفَقِيرِ) لِأَنَّهَا تَجِبُ صِلَة وَهُوَ يَستَحِقُّهَا عَلَى غَيرِهِ فَكَيفَ تَستَحِقُّ عَلَيهِ، بِخِلَافِ نَفَقَةِ الزَّوجَةِ وَوَلَدِهِ الصَّغِيرِ، لِأَنَّهُ التَزَمَهَا بِالإِقْدَامِ عَلَى العَقدِ، إِذِ المَصَالِحُ لَا تَنتَظِمُ دُونَهَا، وَلَا يَعمَلُ فِي مِثلِهَا الإِعسَارُ. ثُمَّ اليَسَارُ مُقَدَّرٌ بِالنِّصَابِ فِيمَا رُوِيَ عَن أَبِي يُوسُفَ. وَعَن مُحَمَّد: أَنَّهُ قَدَّرَهُ بِمَا يَفضُلُ عَلَى نَفَقَةِ نَفسِهِ وَعِيَالِهِ شَهرًا أَو بِمَا يَفضُلُ عَلَى ذَلِكَ مِن كَسبِهِ الدَّائِمِ كُلَّ يَوم، لِأَنَّ المُعتَبَرَ فِي حُقُوقِ العِبَادِ وَإِنَّمَا هُوَ القُدرَةُ دُونَ النِّصَابِ فَإِنَّهُ لِلتَّيسِيرِ وَالفَتوَى عَلَى الأَوَّلِ، لَكِنَّ النِّصَابَ نِصَابُ حِرمَانِ الصَّدَقَةِ.

رحمٍ مُحَرَّمٍ منه عُتِقَ عليه»(١) وقد وجد.

وذكر الصدر الشهيد: مسلم له ابن نصراني وأخ مسلم؛ نفقته على ابنه وإن لم يرثه. وكذا له بنت وأخت؛ نفقته على البنت لا على الأخت.

ولا يجبر على نفقة امرأة أبيه إذا لم يكن أخًا له، ولا على نفقة أم ولد أبيه؛ لأنه لا قرابة بينهما، إلا أن تكون بالأب علة، فيجبر على نفقة من يخدمه، كانت امرأته أو أم ولده.

وفي الجواهر: يجبر على نفقة امرأة أبيه. وقيل: لا يجبر، وبه قال داود الظاهري.

قوله: (والفتوى على الأول) وهو أن اليسار مقداره النصاب.

(لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة) وهو أن يملك ما فضل غير حاجته الأصلية، ما يبلغ مائتي درهم من أي مال كان. وهو الصحيح؛ لأن النفقة أشبه بصدقة الفطر منه بالزكاة، باعتبار معنى المؤنة ومعنى الصدقة؛ لأن النفقة مؤنة من كل وجه، والصدقة مؤنة من وجه، فلمَّا لم يشترط في الصدقة؛ ففي الشيء الذي له مؤنة من كل وجه أولى أن لا يشترط نصاب الزكاة.

وعند الشافعية: وهو الذي يفضل عن قوته وقوت عياله ما يصرفه إلى قريبه.

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٦ برقم ٣٩٤٩)، والترمذي (٣/ ٦٣٨ برقم ١٣٦٥)، وابن ماجه (٢/ ٨٤٣ برقم ٢٥٢٤) والحاكم (٢/ ٢٣٣ برقم ٢٨٥٢) بلفظ: «من ملكَ ذا رحمٍ مُحَرَّمٍ فهو حرٌّ» من حديث سيدنا سمرة بن جندب رضي الله عنه.

(وَإِذَا كَانَ لِلِابنِ الغَائِبِ مَالٌ قُضِيَ فِيهِ بِنَفَقَةِ أَبَوَيهِ) وَقَد بَيَّنَّا الوَجهَ فِيهِ (وَإِذَا بَاعَ أَبُوهُ مَتَاعَهُ فِي نَفَقَتِهِ جَازَ) عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيهِ، وَهَذَا استِحسَانٌ (وَإِن بَاعَ العَقَارَ لَم يَجُز) وَفِي قَولِهِمَا: لَا يَجُوزُ ذَلِكَ كُلُّهُ وَهُوَ القِيَاسُ، لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ لِانقِطَاعِهَا بِالبُلُوغِ، وَلِهَذَا لَا يَملِكُ فِي حَالِ حَضرَتِهِ وَلَا يَملِكُ البَيعَ فِي دَين لَهُ سِوَى النَّفَقَةِ، وَكَذَا لَا تَملِكُ الأُمُّ فِي النَّفَقَةِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّ لِلأَبِ وِلَايَةَ الحِفظِ فِي مَالِ الغَائِبِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ لِلوَصِيِّ ذَلِكَ، فَالأَبُ أَولَى لِوُفُورِ شَفَقَتِهِ، وَبَيعُ المَنقُولِ مِن بَابِ الحِفظِ وَلَا كَذَلِكَ العَقَارُ، لِأَنَّهَا مُحصَنَةٌ بِنَفسِهَا، وَبِخِلَافِ غَيرِ الأَبِ مِن الأَقَارِبِ، لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُم أَصلًا فِي التَّصَرُّفِ حَالَةَ

قوله: (وقد بينا الوجه فيه) وهو قوله: **(ولا يقضى بنفقة في مال غائب إلا لهؤلاء)**[1] إلى آخره.

قوله: (لا يجوز ذلك كله وهو القياس)، وفي الكافي: هذا الخلاف في بيع الأب، أما بيع غير الأب لا يجوز إجماعًا، وفي حال حضرة من يستحق عليه النفقة، ليس لأحد ممن يستحق النفقة بيع العروض والعقار إجماعًا، **(لانقطاعها)**؛ أي: لانقطاع ولاية الأب بالبلوغ، إلا فيما يبيعه تحصينًا له، فللولي أو الأب بيع عروض الغائب تحصينًا له، وبيعه هنا ليس للتحصين، بل لنفسه، وليس له هذه الولاية، ولهذا لا يملك البيع في دين سوى النفقة، ولا يقضي القاضي بذلك؛ لأن فيه قضاء على الغائب، فكذا في النفقة. وكذا لا تملكه الأم، واستحقاق النفقة للأم كاستحقاق الأب، والأم لا تبيع عروضه، فكذا الأب.

قوله: (وبخلاف غير الأب) حيث لا يجوز لهم بيع العروض أيضًا.

ولكن ذكر في الذخيرة: ذكر في الأقضية جواز بيع الأبوين، وهكذا ذكر القدوري في شرحه، فإنه أضاف البيع إليهما، فتحمل أن تكون في المسألة روايتان.

وجه رواية الأقضية: أن معنى الولادة تجمعهما، وهما في استحقاق النفقة على السواء، ولئن كان على الإنفاق؛ فتأويل ما ذكر فيهما: أن الأب هو الذي

---

(١) انظر المتن ص ٦٥٤.

الصِّغَرِ، وَلَا فِي الحِفظِ بَعدَ الكِبَرِ. إِذَا جَازَ بَيعُ الأَبِ فَالثَّمَنُ مِن جِنسِ حَقِّهِ وَهُوَ النَّفَقَةُ فَلَهُ الِاستِيفَاءُ مِنهُ، كَمَا لَو بَاعَ العَقَارَ وَالمَنقُولَ عَلَى الصَّغِيرِ جَازَ لِكَمَالِ الوِلَايَةِ، ثُمَّ لَهُ أَن يَأخُذَ مِنهُ بِنَفَقَتِهِ، لِأَنَّهُ مِن جِنسِ حَقِّهِ (وَإِن كَانَ لِلِابنِ الغَائِبِ مَالٌ فِي يَدِ أَبَوَيهِ وَأَنفَقَا مِنهُ لَم يَضمَنَا) لِأَنَّهُمَا استَوفَيَا حَقَّهُمَا، لِأَنَّ نَفَقَتَهُمَا وَاجِبَةٌ قَبلَ القَضَاءِ عَلَى مَا مَرَّ وَقَد أَخَذَا جِنسَ الحَقِّ (وَإِن كَانَ لَهُ مَالٌ فِي يَدِ أَجنَبِيٍّ فَأَنفَقَ عَلَيهِمَا بِغَيرِ إِذنِ القَاضِي ضَمِنَ) لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي مَالِ الغَيرِ بِغَيرِ وِلَايَة، لِأَنَّهُ نَائِبٌ فِي

يتبع، لكن لمنفعتها، فأضيف البيع إليهما؛ لأنه بعد بيع الأب يصرف الثمن إليهما، وهذا هو الظاهر، فإن حوار بيع الأم بعيد.

قوله: (بغير إذن القاضي ضَمِنَ)؛ أي: في القضاء، أما دِيانةً فلا ضمان عليه، حتى كان له أن يحلف بعد موت المودع أنه لا حق لورثته قبله؛ لأنه لم يُرِدْ بذلك غير الإصلاح.

وفي النوادر: إذا لم يكن في مكان يمكن استطلاع رأي القاضي؛ لا ضمان عليه استحسانًا.

وقد قالوا في رجلين كانا في سفر، فأغمي على أحدهما، فأنفق رفيقه عليه من ماله، أو مات فجهزه صاحبه من ماله؛ لا يضمن استحسانا. وكذا العبد المأذون له في التجارة إذا كان في بلاد بعيدة فمات مولاه، فأنفق على نفسه وما معه من الأمتعة والدواب؛ لا يضمن استحسانًا.

وكذا روى عن مشايخ بلخ أنهم قالوا: إذا كان للمسجد أوقاف، فلم يكن له مُتَوَلٍّ، فقام رجل في أهل المحلّة في جمع رَيعِ الأوقاف، وأنفق على مصالح المسجد فيما يحتاج إليه من شراء الزيت والحصير والحشيش؛ لا يضمن استحسانًا وديانة.

وحكى عن محمد: أنه مات واحد من تلاميذه، فباع محمد كتبه [٥١٥/ب] وأنفق في تجهيزه. قيل له: إنه لم يوص بذلك لأحد، فتلا قوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ يَعۡلَمُ ٱلۡمُفۡسِدَ مِنَ ٱلۡمُصۡلِحِۚ﴾ [البقرة: ٢٢٠]. ذكر ذلك كله في الذخيرة.

وحكى أن جماعة من أصحاب محمد حَجُّوا، فمات واحد منهم، فأخذوا ما كان معه من قماش فباعوه، فلما وصلوا إلى محمد سألهم، فذكروا له ذلك،

الحِفظِ لَا غَيرُ، بِخِلَافِ مَا إذَا أَمرَهُ القَاضِي، لِأَنَّ أَمرَهُ مُلزِمٌ لِعُمُومِ وِلَايَتِهِ. وَإِذَا ضَمِنَ لَا يَرجِعُ عَلَى القَابِضِ، لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ فَظَهَرَ أَنَّهُ كَانَ مُتَبَرِّعًا بِهِ.

(وَإِذَا قَضَى القَاضِي لِلوَلَدِ وَالوَالِدَينِ وَذَوِي الأَرحَامِ بِالنَّفَقَةِ فَمَضَت مُدَّةٌ سَقَطَت) لِأَنَّ نَفَقَةَ هَؤُلَاءِ تَجِبُ كِفَايَةً لِلحَاجَةِ حَتَّى لَا تَجِبُ مَعَ اليَسَارِ وَقَد حَصَلَت بِمُضِيِّ المُدَّةِ، بِخِلَافِ نَفَقَةِ الزَّوجَةِ إذَا قَضَى بِهَا القَاضِي، لِأَنَّهَا تَجِبُ مَعَ يَسَارِهَا فَلَا تَسقُطُ بِحُصُولِ الِاستِغنَاءِ فِيمَا مَضَى. قَالَ: (إلَّا أَن يَأذَنَ القَاضِي بِالِاستِدَانَةِ عَلَيهِ) لِأَنَّ القَاضِيَ لَهُ وِلَايَةٌ عَامَّةٌ، فَصَارَ إذنُهُ كَأَمرِ الغَائِبِ، فَيَصِيرُ دَينًا فِي ذِمَّتِهِ، فَلَا تَسقُطُ بِمُضِيِّ المُدَّةِ، وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

فقال: لو لم تفعلوا ذلك لم تكونوا فقهاء، والله يعلم المفسد من المصلح.

قوله: (سقطت) وهو قول الشافعي وأحمد.

وقوله: (إلا أن يأذن القاضي بالاستدانة) وإن كانت الاستدانة في نفقة ذوي الأرحام.

وذكر في زكاة الجامع: أن نفقة المحارم تصير دينًا بالقضاء وتسقط، واختلف المشايخ فيه:

قيل: ما ذكر في الجامع: إذا استدان المقضي له بالنفقة وأنفق، فكانت الحاجة قائمة لقيام الدين، وما ذكره في غيره: إذا أنفق من غير الاستدانة، بل أكل من الصدقة أو بالمسألة، فلم تبق الحاجة بعد مضي المدة. وإليه مال السرخسي في كتاب النكاح.

وقيل: ما ذكر في سائر الكتب: ما إذا طالت المدة، وما ذكر في الجامع: ما قصرت المدة؛ فإنه يصير دينًا بالقضاء، وكيف لا يصير دينا والقاضي مأمور بالقضاء بالنفقة، ولو لم يَصِرْ دَينًا لم يكن الأمر بالقضاء بالنفقة.

فائدة: والفاصل بين القليل والكثير: الشهر.

وفي الذخيرة: لو قضى للمرأة بنفقة شهر عشرة دراهم، فمضى الشهر وبقي شيء من العشرة؛ يفرض لها عشرة أخرى. ولو كان مثل هذا في الأقارب لا يقضي بأخرى؛ لأن نفقة الأقارب باعتبار الحاجة، فلما بقي شيء لا تحتاج إلى الأخرى. أما نفقة المرأة تستحق عوضًا عن الاحتباس، والقاضي إنما جعل هذا المال

فَصْلٌ: [النَّفَقَةُ عَلَى العَبْدِ والأَمَةِ]

(وَعَلَى المَولَى أَن يُنفِقَ عَلَى عَبدِهِ وَأَمَتِهِ) لِقَولِهِ ﷺ فِي المَمَالِيكِ: «إِنَّهُم

عوضًا عن احتباس مقدر، وقد انقضى وجاء احتباس آخر، فيقضي لها بأخرى.

ولو فرضت له النفقة والكسوة لوقت مقدر، فهلكت النفقة أو سرقت، أو خرقت الكسوة، أو أكلت النفقة قبل الوقت؛ ليس عليه أخرى. ولو فرض الكسوة أو النفقة للأقارب، فضاعت قبل مضي الوقت؛ يفرض لهم أخرى؛ لأن نفقتهم باعتبار الحاجة، وقد تجددت الحاجة، ونفقتها على وجه الكفاية عوضًا عن احتباسها، وبالضياع قبل مضي المدة لا يتبين أنها لم تكن كافية في ذلك المدة، ولم يتبين أنه لم يكن عوضًا.

فصل

(وعلى المولى أن ينفق على عبده وأمته): وهذا بإجماع العلماء، إلا عامر الشعبي.

والأصل في وجوب نفقتهما: حديث أبي ذر، أنه عليه السلام قال: «**هم إخوانُكم، جعلهُم اللهُ تحتَ أيديكُم، فمن كان أخوهُ تحتَ يديهِ؛ فليطعمْهُ مما يأكلُ، ويلبسْهُ مما يلبسُ، ولا تكلّفوهُم ما يغلِّبهُم، فإن كلفتموهُم فأعينوهُم**». أخرجاه في الصحيحين.

وفي الباب أحاديث كثيرة في كتب الحديث. ولأن نفعهما له، فالعزم بالقيم.

ثم المستحب أن يطعمه مما يأكل، ويلبسه مما يلبس، وحديث أبي ذر محمول على الاستحباب.

وقال ابن شداد: قوله عليه السلام: «**فليطعِمْهُ ممَّا يأكلُ**» خرج مخرج الغالب، وفي الغالب أطعمتهم متساوية، وكذا كسوتهم.

وفي الذخيرة: في ظاهر مذهب أصحابنا: لا يجبر الإنسان على نفقة غير الرقيق كالحيوانات، وغيرها كالدور والعقار والزروع والثمار، إلا أنه يكره تضييع المال.

وفيه: رجل له عبدًا أو مدبرٌ أو أمةٌ، أو مدبّرة أو أم ولد؛ يجبر على نفقتهم، فإن أبى؛ فكل من يصلح للإجارة يؤاجر وينفق عليه من أجرته، ومن لا

إخوَانُكم جعَلَهُم اللَّهُ تَعالَى تَحتَ أَيدِيكُم، أَطعِمُوهُم مِمَّا تَأكُلُونَ وَأَلبِسُوهُم مِمَّا تَلبَسُونَ، وَلَا تُعَذِّبُوا عِبَادَ اللَّهِ» (فَإِن امتَنَعَ وَكَانَ لَهُمَا كَسبٌ اكتَسَبَا وَأَنفَقَا) لِأَنَّ فِيهِ نَظَرًا لِلجَانِبَينِ حَتَّى يَبقَى المَملُوكُ حَيًّا وَيَبقَى فِيهِ مِلكُ المَالِكِ (وَإِن لَم يَكُن لَهُمَا كَسبٌ) بِأَن كَانَ عَبدًا زَمِنًا أَو جَارِيَة لَا يُؤَاجَرُ مِثلُهَا (أُجبِرَ المَولَى عَلَى بَيعِهِمَا) لِأَنَّهُمَا مِن أَهلِ الِاستِحقَاقِ، وَفِي البَيعِ إِيفَاءُ حَقِّهِمَا وَإِبقَاءُ حَقِّ المَولَى بِالخُلفِ، بِخِلَافِ نَفَقَةِ الزَّوجَةِ، لِأَنَّهَا تَصِيرُ دينا فَكَانَ تَأخِيرًا عَلَى مَا ذَكَرنَا، وَنَفَقَةُ المَملُوكِ لَا تَصِيرُ دينًا فَكَانَ إِبطَالًا، وَبِخِلَافِ سَائِرِ الحَيَوَانَاتِ، لِأَنَّهَا لَيسَت مِن أَهلِ الِاستِحقَاقِ فَلَا يُجبَرُ عَلَى نَفَقَتِهَا، إِلَّا أَنَّهُ يُؤمَرُ بِهِ فِيمَا بَينَهُ وَبَينَ اللَّهِ تَعَالَى، لِأَنَّهُ ﷺ «نَهَى عَن تَعذِيبِ الحَيَوَانِ» وَفِيهِ ذَلِكَ، وَنَهَى عَن إِضَاعَةِ المَالِ وَفِيهِ إِضَاعَتُهُ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ رحمه الله: أَنَّهُ يُجبَرُ(*)، وَالأَصَحُّ مَا قُلنَا، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

منفعة له لعذر صغر أو كبر أو زمانة، وما أشبه ذلك، ففي العبد والأمة يجبران على بيعهما، وفي الدابة لا يجبران.

ولو طلب من القاضي أن يأمره بالنفقة حتى لا يكون متطوعًا، فالقاضي يقول للآبي: إما أن تبيع نصيبك من الدابة، أو تنفق عليها رعاية لجانب الشريك. هكذا ذكره الخصاف.

وذكر السرخسي: أنه لا يجبر، **قوله: (لأنهما من أهل الاستحقاق)**؛ إذ لا بد للقضاء، فالإجبار من المقضى له والعبد يصلح، والحيوان لا يصلح.

قوله: (وعن أبي يوسف: أنه يجبر) في البهائم، وهو قول الشافعي ومالك وأحمد؛ لأن فيه إضاعة المال وتعذيب الحيوان، وهما منهيان.

(والأصح ما قلنا) وهو أن القضاء بالإجبار إنما يصح إذا وجد المقضي له، والحيوان لا يصلح لذلك، ففات شرط القضاء، فامتنع القضاء، أما الرقيق من أهل الاستحقاق في الجملة على غير المولى، ويستحق حقوقًا على المولى كالمكاتب، وإن كان مملوكًا له.

(*) الراجح: قول أبي يوسف.

....

فروع

عبد صغير في يد رجل، فقال لغيره: [٥١٦/أ] هذا عبدك وديعة عندي، فأنكر؛ يستحلف بالله ما أودعه، ويقضي بنفقته على ذي اليد؛ لأنه أقرَّ برقه، ولم يثبت لغيره، فبقي على حكم ملكه.

ولو كان كبيرًا لم يستحلف؛ لأنه في يد نفسه، والقول له في الرق والحرية، والنفقة تجب على من له المنفعة، مالكًا كان أو غير مالك.

مثاله: أوصى بجارية لإنسان، وبما في بطنها لآخر، فالنفقة على الموصى له بالجارية. ولو أوصى بالدار لإنسان، وسكناها لآخر، وهي تخرج من الثلث، فالنفقة على صاحب السكنى؛ لأن المنفعة له. فإن قال صاحب السكنى: قد انهدمت الدار، أنا أبنيها وأسكنها؛ كان له ذلك، ولا يصير متبرعًا. ولأنه مضطر فيه؛ لأنه لا يصل إلى حقه إلا به، فصار كصاحب العلو مع صاحب السفل إذا انهدم السفل وامتنع صاحبه من بنائه.

وكذا لو أوصى بنخيلة لرجل، ولآخر بثمره، فالنفقة على صاحب الثمرة. وفي التبن والحنطة إن بقي من ثلث ماله شيء، فالتخليص من ذلك المال، وإن لم يبق فالتخليص عليهما؛ لأن المنفعة عليهما. وفي السمسم أوصى بدهنه لواحد وشجيره لآخر؛ فالنفقة على صاحب الدهن.

وعن محمد: ذبح شاة، فأوصى بلحمها لواحد وبجلدها لآخر، فالتخليص عليهما، كالحنطة والتبن. وقبل الذبح أجرة الذابح على صاحب اللحم دون الجلد.

وفي شرح التكملة: يؤمر مالك البهائم بالإنفاق عليهما من العلف، وما يقوم نفسها به، ولا يجبر على بيعها.

وفي التنبيه: ينبغي أن تجب نفقة المبيع قبل القبض على المشتري، وتكون تابعة للملك كالمرهون. والصحيح: أن نفقته على البائع ما دام في يده.

وفي المغني: ولا يجبر العبد على الضريبة، فإن اتفقا على ذلك، وكان كثير من الصحابة يضربون الضرائب على عبيدهم. روى أن ألف مملوك للزبير، وعلى كل واحد منهم كل يوم درهم. والله أعلم.

كِتَابُ العِتْقِ

كتاب العتاق

ذكر العتاق بعد الطلاق؛ لأنهما مبنيان على الإسقاط والسراية واللزوم، ولم يقبل العتق الفسخ كالطلاق، إلا أنه قدّم الطلاق على العتاق مع أنه غير مندوب إليه، والعتق مندوب إليه بمقابلة ذكر النكاح على ما ذكرنا.

العتاق والعتق: عبارتان عن القوة، يقال: عتق الطائر إذا قوي فطار عن وَكْرِهِ، ومنه عتاق الطير؛ لاختصاصها بزيادة القوة، والكعبة تسمى عتيقًا؛ لاختصاصها بالقوة الدافعة للتملك عن نفسها.

وقيل قديمًا: لقوة سبقه.

وفي الطلبة: العتق: زوال الرق، من حد ضرب، وحقيقته القوة، والعتيق: الجميل، ومنه سُمِّي أبو بكر الصديق رضي الله عنه عتيقا لجماله[(١)].

وقيل: لقدمه في الخير. وقيل: لعتقه من النار. وقيل: لشرفه. وقيل: قالت أمه حين وضعته: هذا عتيقك من الموت فهبه لي، وكانت لا يعيش لها ولد. وقيل: لسمة العلم.

وفي الصحاح: العتق: الحرية، وكذا العتاق بفتح العين. والعبد عتيق؛ أي: معتق[(٢)].

وفي المغرب: العتق: الخروج عن المملوكية، وقد يقام العتق مقام الإعتاق، ومنه قول محمد: أنت طالق مع عتق مولاكِ إياكِ. وعتاق الخيل والطير كرائمها، ومدار التركيب على التقدم[(٣)].

---

(١) طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية للنسفي (ص: ٦٣).
(٢) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري (٤/ ١٥٢٠).
(٣) المغرب في ترتيب المعرب للخوارزمي (ص ٣٠٣).

(والإِعتَاقُ تَصرُّفٌ مَندُوبٌ إِلَيهِ، قَالَ ﷺ: «أَيُّمَا مُسلِم أَعتَقَ مُؤمِنًا أَعتَقَ اللَّهُ بِكُلِّ عُضو مِنهُ عُضوًا مِنهُ مِن النَّارِ» وَلِهَذَا استَحبُّوا أَن يَعتِقَ الرَّجُلُ العَبدَ، وَالمَرأَةُ

وفي المبسوط[1]: الإعتاق لغة: إثبات القوة.

وفي الشرع: إثبات القوة الشرعية، بأن آية الضعف الشرعي والقوة الشرعية كونه أهلا للقضاء والولاية والشهادة، قادرًا على التصرف في الأغيار، وعلى دفع تصرف الأغيار عن نفسه، والحرية عبارة عن الخلوص.

ويقال: طير حرٌّ؛ أي: خالص عما يشوبه، وأرض حرة؛ أي: خالصة لا خراج عليها ولا عشر.

وفي الشرع: هي خلوص حكمي، يظهر في الآدمي، بانقطاع حق الأغيار عن نفسه، وإثبات هذا الوصف الحكمي يسمى إعتاقًا وتحريرًا.

سببه في الإعتاق الواجب: ما شغل ذمته بوجوبه من النذور والكفارات.

وفي غير الواجب: أسباب كثيرة، منها: الإعتاق، ومنها: دعوى النسب، ومنها: الاستيلاد، ومنها: ملك القريب، ومنها: زوال يد الكافر عنه، ومنها: الإقرار بحريته، ومنها: دخوله في دار الحرب عند أبي حنيفة.

وشرطه: أن يكون المعتق حرًّا، بالغًا، عاقلًا، مالكًا.

وركنه: ما ثبت به العتق من ألفاظه، الصريح والكناية.

وحكمه: زوال الرق والملك عنه.

وصفته: أنه مندوب إليه؛ لقوله تعالى: ﴿فَكُّ رَقَبَةٍ ۝١٣﴾ [البلد: ١٣] [٥١٦/ب]، لكنه ليس بعبادة، حتى يوجد بدون الاختيار، ويصح إعتاق الكافر.

قوله: («عضوًا منهُ منَ النَّار حتَّى فرجَهُ بفَرجِهِ»)[2]: هذا حديث متفق عليه، من حديث أبي هريرة، ويدل عليه الكتاب والإجماع والمعقول أيضًا.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَمَآ أَدْرَىٰكَ مَا ٱلْعَقَبَةُ ۝١٢ فَكُّ رَقَبَةٍ ۝١٣﴾ [البلد: ١٢ - ١٣] إلى قوله ﴿أُوْلَٰٓئِكَ أَصْحَٰبُ ٱلْمَيْمَنَةِ ۝١٨﴾ [البلد: ١٨]؛ جعل فك الرقبة من خصال أصحاب الميمنة.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٦٠).

(٢) سبق تخريجه.

الأَمَة، لِيَتَحقَّقَ مُقَابَلَةُ الأعضاءِ بِالأعضَاءِ. قَالَ: (العِتقُ يَصِحُّ مِن الحُرِّ البَالِغِ العَاقِلِ فِي مِلكِهِ) شَرطُ الحُرِّيَّةِ، لِأَنَّ العِتقَ لَا يَصِحُّ إِلَّا فِي المِلكِ وَلَا مِلكَ لِلمَملُوكِ، وَالبُلُوغِ، لِأَنَّ الصَّبِيَّ لَيسَ مِن أَهلِهِ لِكَونِهِ ضَرَرًا ظَاهِرًا، وَلِهَذَا لَا يَملِكُهُ الوَلِيُّ

وأما الإجماع: فظاهر.

وأما المعقول: فإنه يمكّن المكلف من العبادة أجمع، والتأمل في آيات الآفاق والأنفس، فكان مطلوبًا ومندوبًا. إليه أشير في المبسوط، والمنثور وغيرهما. والأحاديث في فضيلته كثيرة.

وذكر البخاري في كتاب النذور: ينبغي أن لا يكون أشلَّ ولا أعورَ ولا أصمَّ، وغير ذلك؛ لينال بذلك ما وعد في الحديث بقوله: «**حتَّى الفرجَ بالفرجِ**». وثبت في الحديث أنه عليه السلام قال: «**أفضلها: أعلاها**»[1] رُوِيَ بعين مهملة، وبعين معجمة.

ولو كان العبد اليهودي أو النصراني أكثر ثمنًا من المسلم؛ فإعتاق اليهودي أو النصراني أفضل من المسلم عند مالك؛ لظاهر الحديث، وقال: إصبع المسلم أفضل، وهو الحق؛ لقوله عليه السلام: «**أيّما رجلٍ أعتقَ مسلمًا**»[2].

وقال عبد الملك: أعلاها أغلاها ثمنا في ذوي الدين. ولو غلب على ظنه أنه لو أعتقه يذهب إلى دار الحرب أو يرتد، أو يخاف منه السرقة أو قطع الطريق؛ كان إعتاقه محرمًا، وينفذ عتقه.

وفي المحيط وغيرها: الإعتاق على ثلاثة أقسام: قربة، ومباح، ومعصية؛ فالقربة: لوجه الله تعالى، والمباح: هو العتق لزيد، [والمعصية:][3] الإعتاق لوجه الشيطان أو الصنم.

وعند الظاهرية: لا يعتق لهذا الوجه.

ومال العبد لمولاه عند الجمهور. وعند الظاهرية: للعبد بعد الإعتاق، وبه

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ١٤٤ برقم ٢٥١٨)، ومسلم (١/ ٨٩ برقم ٨٤) من حديث سيدنا أبا ذر رضي الله عنه.
(٢) سبق تخريجه.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

عَلَيهِ، وَالعَقلِ لِأَنَّ المَجنُونَ لَيسَ بِأَهلٍ لِلتَّصَرُّفِ، وَلِهَذَا لَو قَالَ البَالِغُ: أَعتَقت وَأَنَا صَبِيٌّ فَالقَولُ قَولُهُ، وَكَذَا إِذَا قَالَ المُعتِقُ: أَعتَقت وَأَنَا مَجنُونٌ وَجُنُونُهُ كَانَ ظَاهِرًا لِوُجُودِ الإِسنَادِ إِلَى حَالَة مُنَافِيَة، وَكَذَا لَو قَالَ الصَّبِيُّ: كُلُّ مَملُوك أَملِكُهُ فَهُوَ حُرٌّ إِذَا احتَلَمْتُ، لَا يَصِحُّ، لِأَنَّهُ لَيسَ بِأَهل لِقَول مُلزِم، وَلَا بُدَّ أَن يَكُونَ العَبدُ فِي مِلكِهِ

قال الحسن، وعطاء، ومالك، والنخعي، والشعبي، وأهل المدينة.

روي عن ابن عمر أنه عليه السلام قال: «**من أعتقَ عبدًا ولهُ مالٌ؛ فالمال للعبد**»(١). رواه بن حنبل. وكان عمر إذا أعتق عبدًا لم يتعرض لماله.

وللجمهور: ما روي عن ابن مسعود أنه قال لغلامه: "يا عمير، إني أريد أن أعتقك عتقًا هنيئًا، فأخبرني بمالك؛ فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**أيّما رجلٍ أعتقَ عبدَهُ أو غلامَهُ فلم يخبرْهُ بمالِه؛ فمالُه لسيِّده**». رواه الأثرم.

ويدل عليه: قوله عليه السلام: «**من باعَ عبدًا ولهُ مالٌ فمالُه لبائعِه**»(٢).

وحديث ابن عمر ضعيف. قاله أحمد، ولهذا لم يعمل به، وعمل بحديث ابن مسعود.

وقال أبو الوليد: هذا الحديث خطأ، وفعل عمر رضي الله عنه من باب التفضيل.

وقوله: «**أعتقتُ وأنا صبيٌّ**» دليل على أن الصبي والجنون منافيان للإعتاق.

أصله: الخبر الثابت: «**رفعُ القلَم...**»(٣) الحديث.

قوله: (**ولا بد أن يكون العبد في ملكه**) وقت الإعتاق، وهو قول الجمهور من أهل العلم.

وقال مالك: لو أعتقَ عبدَ ابنِهِ الصغير عتق، ولا يعتق عبد ابنه الكبير،

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٨ برقم ٣٩٦٢)، وابن ماجه (٢/ ٨٤٥ برقم ٢٥٢٩) من حديث سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٦٨ برقم ٣٤٣٣)، والترمذي (٣/ ٥٣٨ برقم ١٢٤٤)، وابن ماجه (٢/ ٧٤٦ برقم ٢٢١١) من حديث سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.
قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٣) أخرجه أبو داود (٤/ ١٣٩ برقم ٤٣٩٨)، وابن ماجه (١/ ٦٥٨ برقم ٢٠٤١)، وابن حبان (١/ ٣٥٥ برقم ١٤٢) من حديث عائشة رضي الله عنها.

حَتَّى لَو أَعتَقَ عَبدَ غَيرِهِ لَا يَنفُذُ عِتقُهُ لِقَولِهِ ﷺ: «لَا عِتقَ فِيمَا لَا يَملِكُهُ ابنُ آدَمَ».

(وَإِذَا قَالَ لِعَبدِهِ أَو أَمَتِهِ: أَنتَ حُرٌّ، أَو مُعتَقٌ، أَو عَتِيقٌ، أَو مُحَرَّرٌ، أَو قَد حَرَّرتُكَ، أَو قَد أَعتَقتُكَ، فَقَد عَتَقَ نَوَى بِهِ العِتقَ أَو لَم يَنوِ) لِأَنَّ هَذِهِ الأَلفَاظ صَرِيحَةٌ فِيهِ، لِأَنَّهَا مُستَعمَلَةٌ فِيهِ شَرعًا وَعُرفًا، فَأَغنَى ذَلِكَ عَنِ النِّيَّةِ وَالوَضعِ، وَإِن

وتعلق بقوله عليه السلام: «**أنتَ ومالُكَ لأبيكَ**»[1] ويبطل ذلك بالكبير.

ولأنه تعالى لما ورث الأب من مال ابنه السدس مع وجود ولد ولده؛ دل على أنه لا ملك له في سائره.

والمراد بالحديث: المبالغة في وجوب حقه عليه، ولهذا لو استولد جارية ولده؛ يجب عليه قيمتها، فدل أنه كالأجنبي. ولأن المقصود من ولاية الأب حفظ ماله لعجزه عن حفظه، وعن النظر فيه، وذلك يمنع تضييع ماله والتبرع به.

قوله: (لا ينفذ): ولم يقل: لا يصح؛ لأن إعتاق ملك الغير صحيح، وينفذ بإجازة المالك عندنا، ولا ينفذ بدون إجازته.

قوله: (لأن هذه الألفاظ صريحة فيه)؛ أي: في الإعتاق، ولا خلاف فيه لأحد.

في المبسوط: الألفاظ التي يحصل بها العتق نوعان: صريح، وكناية. فالصريح: قوله لمملوكه: وهبتُ نفسَكَ منكَ، أو بعتُ نفسَكَ مِنكَ؛ يعتق من غير نية ولا قبول[2].

وفي الذخيرة: في العتق والتحرير يعتق بغير نية، سواء ذكرهما على سبيل الإخبار، نحو أن يقول: أخبرتُكَ وحررتُك، أو الصفة، نحو: أنت حُرٌّ وعتيق.

وفي المحيط: أو الإشارة، نحو: هذا حرٌّ وهذا عتيق، أو النداء، نحو: يا حر.

والمراد بقوله: أو الصفة، في **قوله: (أنت حر أو معتق)**؛ خبران عن أنت، والمضمر لا يوصف، وعند الكوفيين: إن جاز وصفه لا يجوز هنا؛ لأنه يبقى بلا خبر.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٦٢).

كَانَ فِي الإِخبَارِ فَقَد جُعِلَ إنشَاء فِي التَّصَرُّفَاتِ الشَّرعِيَّةِ لِلحَاجَةِ كَمَا فِي الطَّلَاقِ وَالبَيعِ وَغَيرِهِمَا (وَلَو قَالَ: عَنَيتُ بِهِ الإِخبَارَ البَاطِلَ، أَو أَنَّهُ حُرٌّ مِن العَمَلِ صُدِّقَ دِيَانَة) لِأَنَّهُ يَحتَمِلُهُ (وَلَا يُدَيَّنُ قَضَاء) لِأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ (وَلَو قَالَ لَهُ يَا حُرُّ يَا عَتِيق يُعتَقُ) لِأَنَّهُ نِدَاءٌ بِمَا هُوَ صَرِيحٌ فِي العِتقِ، وَهُوَ لِاستِحضَارِ المُنَادَى بِالوَصفِ المَذكُورِ، هَذَا هُوَ حَقِيقَتُهُ فَيَقتَضِي تَحَقُّقَ الوَصفِ فِيهِ وَأَنَّهُ يَثبُتُ مِن جِهَتِهِ فَيَقضِي بِثُبُوتِهِ تَصدِيقًا لَهُ فِيمَا أَخبَرَ، ....

ومراده بالوصف: الخبر، فإن **قوله**: **(حر)** ذات قام بها الحرية، وهي وصف.

ثم قال محمد: [٥١٧/أ] أنت حر لوجه الله؛ عتق. قالوا: ذكر وجه الله ليس بشرط.

قال محمد: لو قال: أنت حر لوجه الشيطان؛ يعتق. ولو قال: أنت عتيق السن لا يعتق.

ولو قال: أنت حر النفس، يعني به: أخلاقك؛ عتق قضاء. وإن قال: في أخلاقك وأفعالك؛ لا يعتق. هكذا روى محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة، وقال: أما أنا فأرى أن يعتق إذا أراد به الحرية.

وعند أبي يوسف: يعتق بالنية، وهو قول الشافعي، وابن المسيب، والشعبي، وحماد.

وعن أحمد، وابن المسيب: إنه صريح، وهو بعيد، والظاهر قول محمد.

وفي المنهاج: صريحه: تحرير وإعتاق، وكذا فك رقبة [في][١] الأصح، وهو قول مالك.

قيل: هذا خلاف قوله عليه السلام، فإنه قال: «**فك الرقبة: أن تعين في عتقها**»[٢]، جوابًا لمن قال: أليس هما واحدًا؟

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) أخرجه الدارقطني (٣/ ٥٤ برقم ٢٠٥٥)، والحاكم (٢/ ٢٣٦ برقم ٢٨٦١) من حديث سيدنا البراء بن عازب رضي الله عنهما.

قال الحاكم: هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحُ الإِسْنَادِ، وَلَمْ يُخَرِّجَاهُ.

وَسَنُقَرِّرُهُ مِن بَعدُ إن شَاءَ اللَّهُ تَعالَى، إلَّا إذَا سَمَّاهُ حُرًّا ثُمَّ نَادَاهُ يَا حُرُّ، لِأَنَّ مُرَادَهُ الإِعلَامُ بِاسمِ عَلِمَهُ وَهُوَ مَا لَقَّبَهُ بِهِ. وَلَو نَادَاهُ بِالفَارِسِيَّةِ: يَا آزَادَ وَقَد لَقَّبَهُ بِالحُرِّ قَالُوا يُعتَقُ، وَكَذَا عَكسُهُ، لِأَنَّهُ لَيسَ بِنِدَاء بِاسمِ عَلِمَهُ فَيُعتَبَرُ إخبَارًا عَن الوَصفِ.

(وَكَذَا لَو قَالَ: رَأسُكَ حُرٌّ، أَو وَجهُكَ، أَو رَقَبَتُكَ، أَو بَدَنُكَ، أَو قَالَ لِأَمَتِهِ:

ولو قال لعبده: هذا عبد الله، أو يا عبد الله؛ لا يعتق؛ لأنه صادق.

وفي المرغيناني: قال لعبده: أعتِقُكَ؛ يعتق. وقيل: يعتق بالنية، والمختار: الأول.

ولو قال: العتاقُ عليكَ؛ يعتق. ولو قال: عتقك عليّ بعتق واجب؛ لا يعتق، بخلاف الطلاق.

والفرق: أن العتق قد يكون واجبًا بلا وقوع بالنذر والكفارة والوصية، والطلاق وجوبه بوقوعه.

ولو قال: تصبح حرًّا؛ فهو عتق مضاف إلى الغد. وإن قال: تقوم حرًّا أو تقعد حرًّا؛ يعتق في الحال.

قوله: (وسنقرره من بعد)؛ أي: في المسألة يا ابني.

قوله: (فيعتبر إخبارًا عن الوصف).

قيل: أن قوله: (حر) ليس بإخبار عنه بالوصف، بل إنشاء للحرية فيه إذا لم يكن عَلَمًا له، وقد أخذ على النحاة في قولهم: يا زيد، معناه: أناديك أو أدعوك.

أجيب: أن مراده الإخبار الذي هو إنشاء شرعا.

قوله: (وكذا لو قال: رأسك) إلى آخره.

في المنتقى: قال لعبده: ذكرك حر يعتق، [ولو قال: فرجك حر؛ يعتق كالأمة.

وعن محمد: لا يعتق؛ لأن فرجه لا][1] يعبر به عن جميع البدن، بخلاف

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

فَرجُك حُرٌّ) لِأَنَّ هَذِهِ الأَلفَاظ يُعَبَّرُ بِهَا عَن جَمِيعِ البَدَنِ وَقَد مَرَّ فِي الطَّلَاقِ، (وَإِن أَضَافَهُ إِلَى جُزء شَائِع يَقَعُ فِي ذَلِكَ الجُزءِ)، وَسَيَأتِيك الِاختِلَافُ فِيهِ إِن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. وَإِن أَضَافَهُ إِلَى جُزء مُعَيَّن لَا يُعَبَّرُ بِهِ عَن الجُملَةِ كَاليَدِ وَالرِّجلِ لَا يَقَعُ عِندَنَا خِلَافا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَالكَلَامُ فِيهِ كَالكَلَامِ فِي الطَّلَاقِ وَقَد بَيَّنَّاهُ.

(وَلَو قَالَ: لَا مِلكَ لِي عَلَيك، وَنَوَى بِهِ الحُرِّيَّةَ عَتَقَ، وَإِن لَم يَنوِ لَم يُعتَق) لِأَنَّهُ يَحتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ لَا مِلكَ لِي عَلَيك لِأَنِّي بِعتُك، وَيُحتَمَلُ لِأَنِّي أَعتَقتُك فَلَا يَتَعَيَّنُ

الأمة، قال عليه السلام: «**لعن الله الفروج...**»[1] الحديث.

ولو قال: يا حر؛ يعتق بالإجماع. ولو قال لأمته: فرجكِ حرٌّ عن الجماع؛ عتقت. وفي المحيط: لو قال: ذكَرُكَ حرٌّ أو استكَ [حرة][2]، أو قال لأمته؛ ذكر ابن سماعة أنه يعتق كالفرج. وقيل: لا يعتق، وهو الأصح؛ لعدم الاستعمال في التعيين بها عن جميع البدن، ومثله حَرُّكِ.

ولو قال: عنقك حرّ؛ قيل: لا يعتق كالدبر. وقيل: يعتق كالرقبة؛ لقوله تعالى: ﴿فَظَلَّتْ أَعْنَاقُهُمْ لَهَا خَاضِعِينَ﴾ [الشعراء: ٤]. ولو قال: لسانك حرّ؛ يعتق، وفي الدم روايتان.

وقوله: (خلافا للشافعي) ومالك وأحمد، ومرت المسألة في الطلاق.

ولو قال: أعتقت سنك أو ظفرك أو شعرك؛ لا يعتق عند الأئمة الأربعة.

وعن قتادة، والليث: لو أعتق ظفر عبده يعتق، وألزموها بالشَّعَر والريق.

ولو قال له: هذا حرٌّ، يريد به: أنه عفيف كريم الأخلاق؛ يعتق ولا يصدق في القضاء. وعند أحمد: لا يعتق.

قوله: (وإن لم ينو لم يعتق).

وفي المغني: نص ابن حنبل أنه صريح، وكذا لا رق لي عليك.

---

(١) قال الزيلعي: غريب جدًا (نصب الراية ٣/ ٢٢٨).
قال ابن حجر: لم أجده، وَالَّذِي وَجَدْنَاهُ من حَدِيث ابْن عَبَّاس رَفعه «نهَى ذَوَات الْفروج أَن يركبن السُّرُوج» أخرجه ابْن عدي بِإِسْنَاد ضَعِيف. (الدراية ٢/ ٧١).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

أَحَدُهُمَا مُرَادا إِلَّا بِالنِّيَّةِ. قَالَ: (وَكَذَا كِنَايَاتُ العِتقِ) وَذَلِكَ مِثلُ قَولِهِ: خَرَجتِ مِن مِلكِي وَلَا سَبِيلَ لِي عَلَيكِ وَلَا رِقَّ لِي عَلَيكِ وَقَد خَلَّيتُ سَبِيلَكِ لِأَنَّهُ يَحتَمِلُ نَفيَ السَّبِيلِ وَالخُرُوجَ عَن المِلكِ وَتَخلِيَةُ السَّبِيلِ بِالبَيعِ أَو الكِتَابَةِ كَمَا يَحتَمِلُ بِالعِتقِ فَلَا بُدَّ مِن النِّيَّةِ، وَكَذَا قَولُهُ لِأَمَتِهِ: قَد أَطلَقتُك لِأَنَّهُ بِمَنزِلَةِ قَولِهِ: خَلَّيتُ سَبِيلَكِ وَهُوَ المَروِيُّ عَن أَبِي يُوسُفَ ﷺ، بِخِلَافِ قَولِهِ: طَلَّقتُك عَلَى مَا نُبَيِّنُ مِن بَعدُ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (وَلَو قَالَ: لَا سُلطَانَ لِي عَلَيكِ، وَنَوَى العِتقَ لَم يُعتَق) لِأَنَّ السُّلطَانَ عِبَارَةٌ عَن اليَدِ، وَسُمِّيَ السُّلطَانُ بِهِ لِقِيَامِ يَدِهِ، وَقَد يَبقَى المِلكُ دُونَ اليَدِ كَمَا فِي المُكَاتَبِ، بِخِلَافِ قَولِهِ: لَا سَبِيلَ لِي عَلَيك، لِأَنَّ نَفيَهُ مُطلَقًا بِانتِفَاءِ المِلكِ، لِأَنَّ لِلمَولَى عَلَى المُكَاتَبِ سَبِيلا ....

وقيل: روايتان فيهما.

قوله: (بخلاف قوله: طلقتك) حيث لا يثبت العتق وإن نوى؛ لأنه صريح في الطلاق، فلا يثبت به العتق، على ما يأتي بيانه.

قوله: (لأن السلطان عبارة عن اليد)؛ فيه تسامح، بل هو عبارة عن صاحب اليد والسلطنة.

قال أبو بكر الرازي: صرح الشيخ أبو الحسن الكرخي من الدنيا، والفرق بين السبيل والسلطان مشكل عليه، والفرق ما ذكره في الكتاب.

ووجه آخر: أن السلطان مشترك بين الحجة واليد، ونفي أحدهما لا يستدعي نفي الآخر، ونفي كل واحد منهما لا يستدعي نفي الملك، كما في الكتابة والإجارة، ونفي السبيل يستدعي نفي الملك، فكان نفي السبيل محتمل للعتق، وفي نفي السلطان [يحتمل، فاعتبر الأول دون الثاني.

وقال الشافعي ومالك وأحمد: نفي السلطان][١] من الكنايات، فيعتق بالنية، وليس ببعيد.

قوله: (لأن للمولى على المكاتب سبيلا)؛ أي: من حيث مطالبة بدل

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

فَلِهَذَا يَحتَمِلُ العِتقَ. (وَلَو قَالَ: هَذَا ابنِي وَثَبَتَ عَلَى ذَلِكَ عَتَقَ) وَمَعنَى المَسأَلَةِ: إِذَا كَانَ يُولَدُ مِثلُهُ لِمِثلِهِ، فَإِن كَانَ لَا يُولَدُ مِثلُهُ لِمِثلِهِ ذَكَرَهُ بَعدَ هَذَا؛ ثُمَّ إِن لَم يَكُن لِلعَبدِ نَسَبٌ مَعرُوفٌ، يَثبُتُ نَسَبُهُ مِنهُ، لِأَنَّ وِلَايَةَ الدَّعوَةِ بِالمِلكِ ثَابِتَةٌ، وَالعَبدُ مُحتَاجٌ إِلَى النَّسَبِ فَيَثبُتُ نَسَبُهُ مِنهُ، وَإِذَا ثَبَتَ عَتَقَ لِأَنَّهُ يَستَنِدُ النَّسَبُ إِلَى وَقتِ العُلُوقِ، وَإِن

الكتابة، حتى إذا انتفى ذلك عنه بالبراءة عتق. ذكره في المبسوط[(١)].

وفي الينابيع: لا سلطان لي عليك [ونوى العتق؛ لا يعتق. وقيل: يعتق.

وفي التحفة وغيرها: قال: اذهب حيث شئت، أو قال: توجه حيث شئت من البلاد ونوى العتق؛ لا يعتق، كما في قوله: **(لا سلطان لي عليك)**][(٢)].

وفي المغني: اذهب حيث شِئتَ؛ كناية.

وفي المحيط: لا حق لي عليك ونوى العتق؛ عتق عند أبي حنيفة ومحمد، والحق: الملك، حتى لو قال: لفلان حقٌّ في هذا؛ يجبر على تعيينه.

وفي جوامع الفقه: لا يعتق وإن نوى، كقوله: اذهب حيث شئت، وفي (أنت عتاق) أو (أنت حرية) تعتبر النية.

ولو قال: لا سبيل لي عليك إلا سبيل الولاء؛ يعتق في القضاء.

وفي قوله: (إلا سبيل الموالاة) دين في القضاء؛ لأنه يراد به الموالاة في الدين.

قوله: (وثبت على ذلك عتق).

قيل: هذا [٥١٧/ب] القيد اتفاقي؛ لأنه ذكر في الينابيع: الثبوت على الإقرار ليس بلازم، ولهذا لم يذكر هذا اللفظ في المبسوط.

وقيل: ذكر في شرح بدر الدين الرازي للقدوري أنه شرط، حتى يعتق بدونه.

وقيل: قال في شرح القدوري لا في المفصل أنه أراد، وثبت ذلك أنه لم يَدِّعِ به الكرامة والشفقة، حتى لو ادعى ذلك يصدق.

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٧/ ٦٥).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، انظر المتن ص ٦٩٤.

كَانَ لَهُ نَسَبٌ مَعرُوفٌ لَا يَثبُتُ نَسَبُهُ مِنهُ لِلتَّعَذُّرِ وَيُعتَقُ إعمَالًا لِلَّفظِ فِي مَجَازِهِ عِندَ تَعَذُّرِ إعمَالِهِ بِحَقِيقَتِهِ، وَوَجهُ المَجَازِ نَذكُرُهُ مِن بَعدُ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى: (وَلَو قَالَ: هَذَا مَولَايَ، أَو يَا مَولَايَ عَتَقَ)، أَمَّا الأَوَّلُ: فَلِأَنَّ اسمَ المَولَى وَإِن كَانَ يَنتَظِمُ النَّاصِرَ وَابنَ العَمِّ وَالمُوَالَاةَ فِي الدِّينِ وَالأَعلَى وَالأَسفَلَ فِي العَتَاقَةِ، إلَّا أَنَّهُ تَعَيَّنَ الأَسفَلُ فَصَارَ كَاسمٍ خَاصٍّ لَهُ، وَهَذَا لِأَنَّ المَولَى لَا يَستَنصِرُ بِمَملُوكِهِ عَادَةً وَلِلعَبدِ نَسَبٌ مَعرُوفٌ فَانتَفَى الأَوَّلُ وَالثَّانِي، وَالثَّالِثُ نَوعُ مَجَازٍ، وَالكَلَامُ لِلحَقِيقَةِ وَالإِضَافَةُ

وفي أصول فخر الإسلام: الثبات على ذلك شرط لثبوت النسب لا للعتق. كذا ذكره في النهاية.

وفي المحيط وجامع شمس الأئمة والمجتبى: ليس هذا بقيد، حتى لو قال بعد قوله: **هذا ابني** أوهِمْتُ أو أخطَأْتُ؛ يعتق ولا يصدق.

ولو قال لأجنبية يولد مثلها لمثله: هذه بنتي وتزوجها بعد ذلك؛ جاز، أصر على ذلك أم لا.

قالوا: هذا الجواب في معروفة النسب، أما في مجهولة النسب، إن دام على ذلك ثم تزوجها لم يجز، وإلا جاز.

وقال صاحب المجتبى: عرف بهذا أن الثبوت على ذلك شرط في الفرقة، وامتناع جواز النكاح دون العتق.

قوله: (ولو قال: هذا مولاي، أو يا مولاي يعتق)؛ [أي:][١] بغير نية.

وقال زفر: لا يعتق بغير النية، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد؛ لأن المولى ينتظم المعاني، فيحتاج إلى النية.

(وإن كان ينتظم الناصر) قال تعالى: ﴿ذَٰلِكَ بِأَنَّ ٱللَّهَ مَوۡلَى ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَأَنَّ ٱلۡكَٰفِرِينَ لَا مَوۡلَىٰ لَهُمۡ ۝١١﴾ [محمد: ١١] **(وابن العم)** قال تعالى حكاية عن زكريا عليه السلام: ﴿وَإِنِّي خِفۡتُ ٱلۡمَوَٰلِيَ﴾ [مريم: ٥].

(وللعبد نسب معروف)؛ إذ الكلام فيه، ولا واسطة.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

إِلَى العَبدِ تُنَافِي كَونَهُ مُعتَقًا فَتَعَيَّنَ المَولَى الأَسفَلُ فَالتَحَقَ بِالصَّرِيحِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ لِأَمَتِهِ: هَذِهِ مَولَاتِي لِمَا بَيَّنَّا، وَلَو قَالَ: عَنَيت بِهِ المَولَى فِي الدِّينِ أَو الكَذِبَ يُصَدَّقُ فِيمَا بَينَهُ وَبَينَ اللَّهِ تَعَالَى، وَلَا يُصَدَّقُ فِي القَضَاءِ لِمُخَالَفَتِهِ الظَّاهِرَ. وَأَمَّا الثَّانِي: فَلِأَنَّهُ لَمَّا تَعَيَّنَ الأَسفَلُ مُرَادًا التَحَقَ بِالصَّرِيحِ وَبِالنِّدَاءِ بِاللَّفظِ الصَّرِيحِ يُعتَقُ بِأَن قَالَ: يَا حُرُّ يَا عَتِيقُ فَكَذَا النِّدَاءُ بِهَذَا اللَّفظِ. وَقَالَ زُفَرُ رحمه الله: لَا يُعتَقُ فِي الثَّانِي، لِأَنَّهُ يَقصِدُ بِهِ الإِكرَامَ بِمَنزِلَةِ قَولِهِ يَا سَيِّدِي يَا مَالِكِي. قُلنَا: الكَلَامُ لِحَقِيقَتِهِ وَقَد أَمكَنَ العَمَلُ بِهِ، بِخِلَافِ مَا ذَكَرَهُ لِأَنَّهُ لَيسَ فِيهِ مَا يَختَصُّ بِالعِتقِ فَكَانَ إِكرَاما مَحضًا.

قيل: يرد على تعليل الكتاب **قوله**: **(لا ملك لي عليك)** وجب أن يتعين العتق فيه بلا نية، إذا لم يوجد منه البيع سابقًا.

أجيب: بأن **قوله**: **(لا ملك لي عليك)** يحتمل باعتبار أنه أعتقه، أو باعتبار أنه باعه، وباعتبار أنه ملكه لآخر، فلا بد من النية ليتعين المراد.

قيل: اسم المولى ينطلق على ثلاثة وعشرين معنى، الخمسة منها المذكورة في الكتاب، ويطلق على الرب، والمالك، والسيد، والمنعِم، والمنعَم عليه بغير إعتاق، والعبد، والمحب، والبائع، والجار، والحليف، والصهر، والعقيل. ذكره ابن الأثير.

والموضع الذي تكون فيه الحرب، والولي، والوارث، وابن الأخت، والشريك، والمسلط.

في مجمع البحرين: لكن المعاني في البعيدة لا يعرفها كل أحد، ولا تخطر ببال سيد العبد، فلا اعتبار بها؛ فتعين ما ذكره صاحب الكتاب. وفيه نوع تأمل.

قوله: **(بخلاف ما ذكره)** وهو **قوله**: **(يا سيدي يا مالكي)**؛ يعني: لا يثبت بهذين اللفظين صفة في العبد من جهة المنادى؛ لأنه لو ثبت بهما الحرية؛ لا يكون العبد سيدًا ولا مالكًا لمولاه، فحينئذ يحمل على الإكرام واللطف.

أما **بقوله**: **(يا مولاي)** يثبت صفة في العبد من جانبه، وهو إثبات ولاية عليه، وذلك لا يكون إلا بسابقة العتق، وهو ولاء العتاقة؛ لأنه مما يمكن إثباته في الحال من جانب المنادى، ولم يحمل على مولى الموالاة؛ لما ذكرنا أنه

(وَلَو قَالَ: يَا ابنِي، أَو يَا أَخِي لَم يَعتِق) لِأَنَّ النِّدَاءَ لِإِعلَامِ المُنَادَى، إِلَّا أَنَّهُ إذا كَانَ بِوَصف يُمكِنُ إِثبَاتُهُ مِن جِهَتِهِ كَانَ لِتَحقِيقِ ذَلِكَ الوَصفِ فِي المُنَادَى استِحضَارًا لَهُ بِالوَصفِ المَخصُوصِ كَمَا فِي قَولِهِ: يَا حُرُّ، عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَإِذَا كَانَ النِّدَاءُ بِوَصف لَا يُمكِنُ إِثبَاتُهُ مِن جِهَتِهِ كَانَ لِلإِعلَامِ المُجَرَّدِ ....

كالمجاز، أو أنه لم يجز عقد المولاة بينه وبين عبده.

وفي الواقعات: قال: (سيدي) أو (يا سيد)، إن نوى العتق عتق، وإن لم ينو؛ قيل: يعتق. وقيل: لا يعتق. وقيل: يعتق في (سيدي)، ولا يعتق في (يا سيد). والمختار: أنه لا يعتق.

وفي الحاوي: قال الحسن بن أبي مطيع: يعتق في (يا سيدي)، ولا يعتق في (يا سيد).

وقال نصير: لا يعتق فيهما إلا بالنية.

وفي النهاية: قال القاضي: لا يعتق بالنية. وقال: والذي أراه كناية.

قوله: (ولو قال: يا ابني يا أخي) إلى آخره.

في المحيط: لا يعتق بالنداء إلا في خمسة ألفاظ في رواية الحسن عن أبي حنيفة: يا ابني، يا ابنتي، يا عتيق، يا حر، يا مولاي.

وذكر محمد: لا يعتق بالنداء إلا في ثلاثة ألفاظ: يا حر، يا عتيق، يا مولاي. وهذا هو المذكور في الكتاب.

ووجهه: أن النداء لإعلام المنادى واستحضاره، ولهذا بنيَ المنادى المفرد لوقوعه موقع كاف الخطاب في: أدعوكَ أو أناديكَ. ومنع ابن مالك وقال: إنما بني لوقوعه موضع (إياك)؛ لأنه سمع (إياك). ولأنه لو كان باعتبار وقوعه موقع الكاف؛ لم يعرف المستغاث به والمتعجب منه؛ لأن اللام الداخلة عليهما تدخل على الكاف.

قوله: (لا يمكن إثباته من جهته كان للإعلام المجرد)؛ لأنه لما تعلق به حدّ أو تقرير، حتى لو تعلق يجب عليه، وإذا لم يتعلق به شيء من ذلك؛ كان لاستحضار المنادى وإقباله، فلا يعتق.

دُونَ تَحقِيقِ الوَصفِ فِيهِ لِتَعَذُّرِهِ، وَالبُنُوَّةُ لَا يُمكِنُ إِثبَاتُهَا حَالَةَ النِّدَاءِ مِن جِهَتِهِ، لِأَنَّهُ لَو انخَلَقَ مِن مَاءِ غَيرِهِ لَا يَكُونُ ابنًا لَهُ بِهَذَا النِّدَاءِ فَكَانَ لِمُجَرَّدِ الإِعلَامِ. وَيُروَى عَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ شَاذًّا: أَنَّهُ يُعتَقُ فِيهِمَا وَالِاعتِمَادُ عَلَى الظَّاهِرِ. (وَلَو قَالَ: يَا ابنُ، لَا يَعتِقُ) لِأَنَّ الأَمرَ كَمَا أَخبَرَ فَإِنَّهُ ابنُ أَبِيهِ، (وَكَذَا إِذَا قَالَ: يَا بُنَيَّ أَو يَا بُنَيَّةُ)، لِأَنَّهُ تَصغِيرُ الِابنِ وَالبِنتِ مِن غَيرِ إِضَافَةٍ وَالأَمرُ كَمَا أَخبَرَ.

(وَإِن قَالَ لِغُلَامٍ لَا يُولَدُ مِثلُهُ لِمِثلِهِ: هَذَا ابنِي عَتَقَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ)، وَقَالَا: لَا

وفي جوامع الفقه: عن محمد: لو قال لعبد الغير: يا حرُّ اسقني، ثم اشتراه؛ يعتق.

قيل: هذا نقض للقاعدة.

أجيب: بأنه يمكن إثباته حال النداء، كما لو أعتق عبد الغير وأجاز مولاه.

فإن قيل: لم لا [٥١٨/أ] يحمل على مجازه وهو الحرية، كما في هذا ابني.

قلنا: لو لم يحمل على المجاز في **قوله**: **(هذا ابني)** يلغو كلامه، وأما في قوله: **(يا بني)** لو لم يحمل على مجازه لا يلغو؛ بل يحمل على معنًى مقصودٍ، وهو استحضار المنادى، وإنما يعتق في قوله: يا حرُّ؛ باعتبار أن لفظ الحرية صريح في العتق كما ذكرنا، فقام مقام معناه، بخلاف لفظ الابن؛ فإنه ليس بصريح فيه. إليه أشير في المقصود.

قوله: **(ويروى عن أبي حنيفة)** وهو رواية الحسن عنه، والقياس رواية النوادر، وهو الظاهر إلا أن ينوي. ذكره في التحفة.

قوله: **(من غير إضافَة)** إلى نفسه. ولأن التصغير قد يكون للإكرام واللطف.

ولو قال: (ابن كوجه من متسب) لغلامه أو لأمته؛ اختلف فيه، واختار الصدر الشهيد: أنه لا يعتق؛ لأنه لا يراد به التحقيق. ولو قال لغلامه: (أي جان بدر)؛ لا يعتق بالعتق. كذا في الكافي

قوله: وجه قولهم وهو قول أبي حنيفة أولًا.

يُعتَقُ(*)، وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، لَهُم: أَنَّهُ كَلَامٌ مُحَالُ الحَقِيقَةِ فَيُرَدُّ فَيَلغُو كَقَولِهِ: أَعتَقتُك قَبلَ أَن أُخلَقَ أَو قَبلَ أَن تُخلَقَ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: أَنَّهُ كَلَامٌ مُحَالٌ بِحَقِيقَتِهِ، لَكِنَّهُ صَحِيحٌ بِمَجَازِهِ، لِأَنَّهُ إِخبَارٌ عَن حُرِّيَّتِهِ مِن حِينِ مَلَكَهُ، وَهَذَا لِأَنَّ البُنُوَّةَ فِي المَملُوكِ سَبَبٌ لِحُرِّيَّتِهِ، إِمَّا إِجمَاعًا أَو صِلَةً لِلقَرَابَةِ، وَإِطلَاقُ السَّبَبِ وَإِرَادَةُ المُسَبَّبِ مُستَجَازٌ فِي اللُّغَةِ تَجَوُّزًا، وَلِأَنَّ الحُرِّيَّةَ مُلَازِمَةٌ لِلبُنُوَّةِ فِي المَملُوكِ وَالمُشَابَهَةُ فِي وَصفٍ مُلَازِمٍ مِن طُرُقِ المَجَازِ عَلَى مَا عُرِفَ، فَيُحمَلُ عَلَيهِ تَحَرُّزًا عَن الإِلغَاءِ، بِخِلَافِ مَا استَشهَدَ بِهِ، لِأَنَّهُ لَا وَجهَ لَهُ فِي المَجَازِ فَتَعَيَّنَ الإِلغَاءُ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لِغَيرِهِ. قَطَعتُ يَدَك فَأَخرَجَهُمَا صَحِيحَتَينِ حَيثُ لَم يُجعَل مَجَازًا عَن الإِقرَارِ بِالمَالِ وَالتِزَامِهِ، وَإِن كَانَ القَطعُ سَبَبًا لِوُجُوبِ المَالِ، لِأَنَّ القَطعَ خَطَأً سَبَبٌ

(أنه)؛ أي: قوله: هذا ابني الأكبر سنا منه **(محال)**؛ لأن ابن خمسين سنة يستحيل أن يكون مخلوقا من ماء ابن عشرين سنة، وبه فارق لأصغر سنا منه، فلا يصار إلى المجاز؛ لأنه خلف عن الحقيقة في حكمها، وشرط استعمال المجاز قصور الحقيقة فيلغو، ولهذا لو قال لغيره: قطعت يدك، أو فقأت عينك خطأ، ولم يكن هناك قطع ولا فقء؛ لم يجعل مجازًا عن الإقرار بالأرش.

وفي الذخيرة: احتج محمد علَى أبي حنيفة بمن قال لغلامه: هذه بنتي، أو لجاريته: هذا ابني؛ لا يعتق، فلأكبر سنًّا منه أولى أن لا يعتق.

(إما إجماعا) على أصلنا وأصل الشافعي في قرابة الولاد **(أو صلة للقرابة)** على علة أصحابنا وأكثر أهل العلم على ما يأتي.

قوله: (بخلاف ما استشهد به) على خلاف بناء المفعول، وهو قولهم: أعتقتك قبل أن أخلق؛ لأنه لا وجه للمجاز.

وفي الأسرار: صريحه مستحيل، وما له حكم في ملكه لو ثبت؛ فإن الإعتاق قبل الخلق إعتاق قبل الملك. ولو أعتقه قبل أن يملكه ثم ملكه؛ لم يلزمه عتق، فإذا لم يكن من حكمه عتق لو تحقق في ملكه؛ لم يمكن أن يجعل كناية عن عتق في ملكه، فيلزمه حكم الكلام بقدر ما يمكن تصحيحه.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

لِوُجُوبِ مَال مَخصُوص وَهُوَ الأَرْشُ، وَأَنَّهُ يُخَالِفُ مُطلَقَ المَالِ فِي الوَصفِ حَتَّى وَجَبَ عَلَى العَاقِلَةِ فِي سَنَتَينِ وَلَا يُمكِنُ إثبَاتُهُ بِدُونِ القَطعِ، وَمَا أَمكَنَ إثبَاتُهُ فَالقَطعُ لَيسَ بِسَبَب لَهُ، ....

قوله: (سنتين): بلفظ التثنية لا بلفظ الجمع.

قال صاحب النهاية: هكذا كان مقيدًا بخط شيخي -رحمه الله-.

والمذكور في الكتاب صحيح، لكن ذكر في المبسوط والأسرار جوابها بوجه آخر، حيث قال: قطعْتُ يدَكَ لا موجب له في هذه الصورة؛ لأن الجرح لا موجب له بعد البرء إذا لم يبق له أثر، فلا يمكن تصحيح كلامه، بأن يجعل كناية عن موجبه، فلهذا كان لغوًا.

وحاصله: أن السبب إنما يكون مجازًا عن حكمه إذا كان له حكم، أما إذا لم يكن له حكم فيلغو، كما في (أعتقتك قبل أن أخلق)، وهاهنا لما أخرجهما صحيحتين؛ كان بمنزلة جرح لحقه برء على وجه لم يبق له أثر، فلا يتعلق به حكم من الأحكام، فلا يكون كناية عن الأرش، فجعلاه كناية، بمنزلة قوله: أعتقتك قبل أن أخلق.

وأما قولهما: (فشرط المجاز تصور حكم الحقيقة) غير منقول من أهل اللغة والأصول، وإنما ذكر ذلك في كتب أصحابنا.

يؤيده: قوله: ﴿حَتَّىٰ يَلِجَ ٱلْجَمَلُ فِى سَمِّ ٱلْخِيَاطِ﴾ [الأعراف: ٤٠] فليس حقيقة الجمل وسم الخياط مرادين؛ بل ذلك عبارة عن التأبيد، وهو خلف عن الحقيقة في التكلم به، وهو أن يكون كلامًا صحيحًا من حيث اللغة، لا عن حكم مدلوله الحقيقي، فصار كالمجاز الشرعي، فإنه لا يمنع صحة المجاز بالاتفاق، كالنكاح بلفظ الهبة؛ فإنها محال في حق الحرة، وجعلت مجازًا في إفادة النكاح.

ولو ادّعيا ولدَ جارية بينهما؛ يثبت نسبه منهما، والبنوة غير ثابتة.

ولو قال لزوجته: زنيت منذ أربعين سنة، وعمرها عشرين سنة؛ جعلوه قذفًا ووجب اللعان، وهو مستحيل. وقال تعالى: ﴿إِنَّ ٱلْمُنَٰفِقِينَ يُخَٰدِعُونَ ٱللَّهَ وَهُوَ خَٰدِعُهُمْ﴾ والخداع محال، وقد جعلوه مجازًا عن المعاملة والإرادة. وقال

أَمَّا الحُرِّيَّةُ فَلَا تَختَلِفُ ذَاتًا وَحُكمًا فَأَمكَنَ جَعلُهُ مَجَازًا عَنهُ.

وَلَو قَالَ: هَذَا أَبِي أَو أُمِّي وَمِثلُهُ لَا يُولَدُ لِمِثلِهِمَا فَهُوَ عَلَى الخِلَافِ لِمَا بَيَّنَّا، وَلَو قَالَ لِصَبِيٍّ صَغِيرٍ: هَذَا جَدِّي قِيلَ: هُوَ عَلَى الخِلَافِ وَقِيلَ: ....

تعالى: ﴿نَسُوا اللَّهَ فَنَسِيَهُمْ﴾ والنسيان على الله محال، وجعل مجازًا عن تركهم. وكذا ﴿وَمَكَرُوا وَمَكَرَ اللَّهُ﴾، وقال عليه السلام: «**يضحك الله...**»[(١)] الحديث، والضحك لا يتصور على الله، وجعل مجازًا عن إظهار الرضا.

وأما مسألة ما احتج محمد على أبي حنيفة، من المشايخ من قال: هي على الخلاف، ومحمد كثيرًا ما يستشهد بالمختلف على المختلف، ويكون غرضه نقل الكلام إلى ما هو أوضح.

وقيل: على الاتفاق، وهو الأظهر [٥١٨/ب]؛ لتعلقه بالمسمى باختلاف الجنس، وهو معدوم.

ومسألة الكوز ترد على أبي يوسف إذا لم يكن فيه ماء؛ حيث أوجب فيها الكفارة وإن لم يتصور شربه.

قوله: (أما الحرية لا تختلف ذاتًا وحكمًا فأمكن جعله مجازًا عنه).

فإن قيل: الحرية الثابتة في **قوله: (هذا ابني)** وهو أكبر سنًّا منه، غير الحرية الثابتة لحقيقة البنوة أيضًا، كما في أرش اليد؛ إذ الحرية الثابتة بحقيقة البنوة موجبة للإرث والمصاهرة وغيرهما من الأحكام، وبالحرية لأكبر سنًّا منه لا يثبت شيء من ذلك، فأين التفاوت بين مسألة الأرش وبينها؟

قلنا: في الحرية لا يتفاوت ذاتًا وهو زوال الرق، ولا حكمًا أصليًّا وهو صلاحيته للقضاء والشهادة والولايات، فكانت الحريتان سواء فيهما، وما ذكرته من الثمرات فلا يبالي به.

قوله: (ولو قال: هذا أبي) إلى قوله: (فهو على الخلاف).

وفي جوامع الفقه: قيل: لا يصح. والأظهر: أنه على الخلاف.

---

(١) أخرجه البخاري (٤/ ٢٤ برقم ٢٨٢٦)، ومسلم (٣/ ١٥٠٤ برقم ١٨٩٠) من حديث سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه.

لَا يُعتَقُ بِالإِجمَاعِ، لِأَنَّ هَذَا الكَلَامَ لَا مُوجِبَ لَهُ فِي المِلكِ إِلَّا بِوَاسِطَة، وَهُوَ الأَبُ، وَهِيَ غَيرُ ثَابِتَة فِي كَلَامِهِ، فَتَعَذَّرَ أَن يُجعَلَ مَجَازًا عَنِ المُوجِبِ. بِخِلَافِ الأُبُوَّةِ وَالبُنُوَّةِ، لِأَنَّ لَهُمَا مُوجِبًا فِي المِلكِ مِن غَيرِ وَاسِطَة، وَلَو قَالَ: هَذَا أَخِي لَا يُعتَقُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله يُعتَقُ.

وَوَجهُ الرِّوَايَتَينِ مَا بَيَّنَّاهُ. وَلَو قَالَ لِعَبدِهِ: هَذَا ابنِي، فَقَد قِيلَ عَلَى الخِلَافِ،

ولو كان يولد مثله لمثلهما وصدَّقاه؛ ثبت ذلك، وعتقا عليه، في هذا ابني وهذه بنتي ثبت نسبهما، ولا يتوقف على التصديق.

والفرق: أن في الأول حمل النسب على غيره، فيتوقف على تصديقه. وفي الثاني يقرُّ على نفسه؛ لأنه يقول: استولدتُ أمَّكَ وأنت ابني.

قوله: (ولا يعتق في ظاهر الرواية).

وفي الذخيرة، ومجموع النوازل: قال: هذا عمِّي أو خالي، أو ابن أخي أو ابن أختي؛ يعتق في رواية واحدة.

وفي الذخيرة: في بعض النسخ: لا يعتق.

قوله: (وعن أبي حنيفة رحمه الله: يعتق): وهو رواية الحسن عنه؛ لأن الأخوة سبب الحرية في المملوك كالبنوة، فيجعل كناية عن موجبه **(ووجه الروايتين ما بيناه).**

أما حوالة وجه الظاهر رواية الحسن: فما ذكر بقوله: **أن البنوة سبب الحرية في المملوك، إلى آخره.**

وأما حوالة وجه الظاهر: فهو قوله في مسألة الجد: أن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة وهو الأب، وكذلك هاهنا لا تكون الأخوة إلا بواسطة الأب أو الأم؛ لأنها عبارة عن مجاورة في صلب أو رحم، وهذه الواسطة غير مذكورة، ولا موجب لهذه الكلمة بدون هذه الواسطة. كذا في المبسوط[1].

وفيه أيضًا: أن اختلاف الروايتين في الأخ إذا ذكره مطلقًا من غير قيد، بأن

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٦٨).

وَقِيلَ: هُوَ بِالإِجمَاعِ، لِأَنَّ المُشَارَ إِلَيهِ لَيسَ مِن جِنسِ المُسَمَّى فَتَعَلَّقَ الحُكمُ بِالمُسَمَّى وَهُوَ مَعدُومٌ فَلَا يُعتَبَرُ وَقَد حَقَقنَاهُ فِي النِّكَاحِ.

قال: هذا أخي من أبي أو أمي؛ يعتق من غير تردد؛ لما أن مطلق الأخوة مشترك، قد يراد بها الأخوة في الدين، قال تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾، وقد يراد بها الاتحاد في القبيلة، قال تعالى: ﴿وَإِلَىٰ عَادٍ أَخَاهُمْ هُودًا﴾ [الأعراف: ٦٥]، وقد يراد بها الأخوة في النسب، والمشترك لا يكون حجة بدون البيان، ولهذا إذا نوى الأخوة في النسب يعتق.

فإن قيل: البنوة أيضًا مختلف من رضاع ونسب، فكيف يثبت العتق بإطلاقه؟

قلنا: البنوة من الرضاع مجاز، وكذا التبني، فلا يعارض الحقيقة.

قوله: (هو)؛ أي: عدم العتق (بالإجماع).

(وهو معدوم)؛ أي: المسمى معدوم، فلا يمكن تصحيح الكلام إيجابًا ولا إقرارًا، فلا يمكن أن نجعل البنت مجازًا عن الابن بوجه؛ ألا ترى أنه لا يعتق وإن احتمل أن يكون ابنه، بأن كان يولد مثله لمثله. كذا في المبسوط[1]، والأسرار.

فروع

لو قال: هذا ابني من الزنا؛ يعتق ولا يثبت النسب.

وفي المرغيناني: لو قال له: افعل في نفسك ما شئت، فأعتق نفسه في المجلس؛ عتق.

ولو قال: عتيقتك إليك، أو حريتك إليك، ونوى التفويض إليه فأعتق نفسه في المجلس؛ عتق.

وفي المرغيناني: نظر إلى عشر جوار، فقال: اشتريت جارية منكن فهي حرة، فاشترى جاريتين صفقة واحدة، أحدهما لنفسه والأخرى لغيره؛ لم يعتق واحدة منهما. قال: والمعنى فيه غموض.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٦٨).

....

ولو قال: صُمْ عنّي يومًا وأنت حرٌّ، وصَلِّي عنّي ركعتين وأنت حرٌّ؛ عتق في الحال، فعل ذلك أو لم يفعل.

ولو قال: حُجَّ عني حجة وأنت [حرًّا][1]؛ لا يعتق حتى يحج عنه؛ لأن النيابة جائزة في الحج دون الصوم والصلاة.

ولو قال: إن سقيت حماري، فذهب به إلى الماء ولم يشرب؛ عتق؛ لأن المراد عرض الماء عليه. ولو أنت عتاق أو حرية عتق بالنية. ولو قال: أنت حرّ قبل أن أخلق؛ لا يعتق.

قيل: ينبغي أن يعتق؛ لأنه يجوز أن يكون حر الأصل، أو أعتق قبل أن يخلق هو.

وفي المحيط: قال رجل: أنا مولى أبيك أعتق أبوك أبي؛ فهو حرّ. وكذا لو قال: أنا مولى أبيك ولم يقل أعتقني فهو حر؛ لأنه قد يكون مولاه من قبل جده، فلم يكن إقرارًا بالرق. وإن زاد أعتقني؛ [٥١٩/أ] فهو مملوك إذا أنكر الوارث.

وفي الينابيع: قال لعبده: نسبُكَ حرٌّ أو جسبُكَ حرٌّ أو أصلُكَ حرٌّ، أو والداكَ حرّان لم يعتق؛ لاحتمال حرية أمه بعد وضعه.

ولو قال العبد في مرض مولاه: أنا حر فحرك لسانه، أي نعم؛ لم يعتق.

وفي الذخيرة: أشار برأسه أي نعم؛ لم يعتق. ولو قيل له: أعتقت عبدك، فأومَأَ برأسه نعم؛ لم يعتق، بخلاف النسب؛ لأن العتق يختص بالقول، والنسب يثبت بالدلالة.

وفي الذخيرة: قال: كل مملوك في هذا المسجد أو في بغداد حرّ، وله عبد في المسجد أو في بغداد؛ لم يعتق، إلا أن ينوي عبده.

وعن محمد عن أبي حنيفة: لو قال: عبيد أهل بغداد أحرار، وهو من أهل بغداد؛ عتق عبيده.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

....

وعلى هذا لو قال: كل عبد يدخل في هذه الدار فهو حر، فدخل عبيده؛ عَتَقوا، وبه أخذ شداد.

وقال عصام: لا يعتقون.

قال الشهيد: هو المختار للفتوى.

وفي المرغيناني: عبيد أهل بلخ أحرار، أو قال: كل عبيد أهل بلخ حر، أو قال: كل عبد في الأرض حر، أو قال: كل عبيد أهل الدنيا حر؛ قال المتقدمون من المشايخ: قال أبو يوسف في نوادره: لا يعتق.

وقال محمد في نوادر ابن سماعة: يعتق.

وقال المتأخرون، وقال عصام بن يوسف: لا يعتق. واختاره الصدر الشهيد. قال شداد: يعتق.

ولو قال: كل عبد في هذه الدار حر، وعبيده فيها؛ عتق بالاتفاق.

ولو قال: ولد آدم كلهم أحرار؛ لا يعتق عبيده بالاتفاق. واتفقوا على أن من قال: كل رجل أعتق عبده فاشترى عبدًا لم يعتق.

وفرق محمد بينهما وبين ما تقدم، فقال: أتيقن بكذبه هنا؛ إذ لم يحط علمه بذلك.

ولو قال: مالي حر؛ لا يعتق عبيده؛ لأنه لغو؛ لأن الحرية لا تستعمل في المال. ولأنه يراد بها الصفاء والخلوص عن شركة غيره فيه.

ولو قال لعبده: هذا ولدي الأكبر؛ عتق في القضاء، ولم يعتق ديانة إذا قال: أردت به التلفظ والتشبه.

وفي الحاوي: هذا قول أبي الليث. وقال غيره: لا يعتق.

وفي المنتقى: قال: عبدي الذي هو قديم الصحبة حر؛ قال محمد: من صحبه ثلاث سنين عتق، وهو قول أبي يوسف. وقيل: ستة أشهر. وقيل: سنة.

قال في المحيط: وهو المختار؛ استدلالًا بقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ عَادَ كَٱلْعُرْجُونِ ٱلْقَدِيمِ﴾ [يس: ٣٩] والعرجون ينبت فيقطع في كل ستة أشهر، والطري الحديث،

(وَإِن قَالَ لِأَمَتِهِ: أَنتِ طَالِقٌ أَو بَائِنٌ أَو تَخَمَّرِي، وَنَوَى بِهِ العِتقَ لَم تَعْتِقْ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: تُعتَقُ إِذَا نَوَى، وَكَذَا عَلَى هَذَا الخِلَافِ سَائِرُ أَلفَاظِ الصَّرِيحِ وَالكِنَايَةِ عَلَى مَا قَالَ مَشَايِخُهُم - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - لَهُ: أَنَّهُ نَوَى مَا يَحتَمِلُهُ لَفظُهُ، لِأَنَّ بَينَ المِلكَينِ مُوَافَقَة، إِذ كُلُّ وَاحِد مِنهُمَا مِلكُ العَينِ، أَمَّا مِلكُ اليَمِينِ فَظَاهِرٌ، وَكَذَلِكَ مِلكُ النِّكَاحِ فِي حُكمِ مِلكِ العَينِ، حَتَّى كَانَ التَّأبِيدُ مِن شَرطِهِ، ....

فيبقى عليها، فيجعل الباقي قديمًا، وهو أوسط الأقوال.

وقيل: لا يلزم من قدم العرجون في السنة قدم الصحبة فيها، فإن العبد الذي خدم أسياده سنة؛ لا يقال له في العرف: هذا قديم الصحبة لسيده.

أجيب: العرف مشترك، فيعمل بالمطلق.

ولو قال: هذا حر هذا الآخر عتقا. ولو قال: هذا حر هذا حر؛ عتق الثاني؛ لأن الحرية متى تحللت بينهما، أمكن أن تجعل الحرية خبرًا لهما؛ لأنه لا يخبر بواحد عن اثنين. لكن وجهه: أن الثاني يدل على الأول، كأنه قال: هذا حر هذا حر للآخر، فحذف حر الثاني لدلالة الأول عليه، وفي الثانية أبدل الثاني من الأول قبل ذكر خبره، فكان ناقصًا فلغا، وبقي الخبر للثاني فتعين وحده. كذا قيل، وفيه نوع تأمل.

قوله: (على ما قاله مشايخهم) في المنهاج، وكل صريح وكناية للطلاق.

وفي المبسوط: وقال الشافعي: يعتق بالنية، وكذلك سائر كنايات الطلاق، كقوله: قد بنتِ مني، أو حرُمتِ، أو أنت خلية أو برية، أو بائن أو بتة، أو بتلة أو حرامٌ، أو حبلُكِ على غاربكِ، أو اخرجي، أو اغربي، أو اذهبي، أو قومي، أو اختاري فاختارت نفسها، أو تقنعي، أو قال ذلك لعبده؛ فهو كله على الخلاف[1].

وكذا لو قال لأمته[أو لعبده][2]: طلقتك؛ فإنه لا يعتق وإن نوى. أما لو قال لأمته: أطلقتُكِ ونوى العتق؛ تعتق بالاتفاق. وبقولنا: قال أحمد في رواية، وبقول الشافعي في رواية.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٦٣).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَالتَّأْقِيتُ مُبطِلًا لَهُ، وَعَمَلُ اللَّفظَينِ فِي إسقَاطِ مَا هُوَ حَقُّهُ وَهُوَ المِلكُ، وَلِهَذَا يَصِحُّ التَّعلِيقُ فِيهِ بِالشَّرطِ، أَمَّا الأَحكَامُ فَتَثبُتُ سَبَبٌ سَابِقٌ وَهُوَ كَونُهُ مُكَلَّفًا، وَلِهَذَا يَصلُحُ لَفظَةُ العِتقِ وَالتَّحرِيرِ كِنَايَةً عَنِ الطَّلَاقِ فَكَذَا عَكسُهُ.

وَلَنَا: أَنَّهُ نَوَى مَا لَا يَحتَمِلُهُ لَفظُهُ، لِأَنَّ الإِعتَاقَ لُغَةً، إثبَاتُ القُوَّةِ، وَالطَّلَاقَ رَفعُ القَيدِ، وَهَذَا لِأَنَّ العَبدَ أُلحِقَ بِالجَمَادَاتِ وَبِالإِعتَاقِ يَحيَا فَيَقدِرُ، وَلَا كَذَلِكَ المَنكُوحَةُ، فَإِنَّهَا قَادِرَةٌ، ....

قوله: (والتأقيت مبطل له)؛ أي: لملك النكاح [فلو كان ملك النكاح][1] في حكم ملك المتعة؛ لكان التأقيت من شرطه، كما في الإجارة. وأما الأحكام، وهي جواز القضاء والشهادة وإثبات الولايات ليس بثابت للإسقاط.

وهذا جواب عما يقال: إن الإعتاق إثبات القوة، ولهذا تثبت به الأحكام، فكيف يشبه الطلاق الذي هو إسقاط محض؟

فقال: بأن الإعتاق إسقاط أيضًا، بدليل صحة التعليق[٥١٩/ب] فيهما، وفوات الأحكام بسبب سابق، وهو كونه آدميا مكلفًا، والإعتاق إزالة المانع، فاستوى الطلاق والعتاق، ولهذا يصح استعارة لفظة التحرير والعتق للطلاق، فكذا عكسه، والتحريم موجب التحرير أيضًا، فيصح ذكر الموجب، وإرادة الموجب كقوله: (اعتدّي) إذا نوى به الطلاق.

(**ولنا: أنه نوى ما لا يحتمله لفظه**) فيلغو؛ لأن النية الخالية عن اللفظ الدال عليها لا يوجب عتقًا، كما لو قال: اسقني ونوى العتق، وهذا لأن الطلاق لا يحتمل العتاق حقيقة وهو ظاهر، ولا مجازًا؛ لأنه لا يكون بلا مشابهة، ولا مشابهة.

(**لأن الإعتاق لغة**) إلى آخره: ألحق بالجمادات؛ لأن الرق أثر الكفر، وهو موت حكمًا، قال تعالى: ﴿أَوَ مَن كَانَ مَيۡتٗا فَأَحۡيَيۡنَٰهُ﴾ [الأنعام: ١٢٢]؛ أي: كافرًا فهديناه.

(**فإنها قادرة**)؛ أي: بعد النكاح، حتى تملك الأموال وتقبل شهادتها ويصح

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

إِلَّا أَنَّ قَيدَ النِّكَاحِ مَانِعٌ وَبِالطَّلَاقِ يَرتَفِعُ المَانِعُ فَتَظهَرُ القُوَّةُ، وَلَا خَفَاءَ أَنَّ الأَوَّلَ أَقوَى، وَلِأَنَّ مِلكَ اليَمِينِ فَوقَ مِلكِ النِّكَاحِ، فَكَانَ إِسقَاطُهُ أَقوَى، وَاللَّفظُ يَصلُحُ مَجَازًا عَمَّا هُوَ دُونَ حَقِيقَتِهِ لَا عَمَّا هُوَ فَوقَهُ، فَلِهَذَا امتَنَعَ فِي المُتَنَازَعِ فِيهِ وَانسَاغَ فِي عَكسِهِ. (وَإِذَا قَالَ لِعَبدِهِ: أَنتَ مِثلُ الحُرِّ لَم يَعتِقْ) لِأَنَّ المِثلَ يُستَعمَلُ لِلمُشَارَكَةِ فِي بَعضِ المَعَانِي عُرفًا، فَوَقَعَ الشَّكُّ فِي الحُرِّيَّةِ (وَلَو قَالَ: مَا أَنتَ إِلَّا حُرٌّ عَتَقَ) لِأَنَّ

قضاؤها، لكنها بالنكاح ممنوعة عن الخروج والبروز والتزوج، وبالطلاق يرتفع المانع؛ إذ الطلاق من أطلقْتُ البعير عن القيد إذا حلَلْتُهُ، فكان عبارة عن رفع المانع لا إثبات القوة، ولا مشابهة بين إثبات القوة وبين إزالة المانع، ولا خفاء أن الأول وهو إثبات القوة أقوى من إزالة المانع.

ونحن نسلّم أن المشابهة في المعنى من طريق الاستعارة؛ لكن لا بكل وصف، بل في الوصف الخاص، كما في الشجاع والأسد، فانعدمت المشابهة في الوصف الخاص هنا، فلم تجز الاستعارة، أما العكس عندنا فليس ذلك للمشابهة في المعنى؛ بل لسلوك طريق السببية، كما بُيِّن في الأصول.

(ولأن ملك اليمين فوق ملك النكاح) بدليل أنه يدخل فيه ملك المتعة تبعًا، ولا ينعكس **(فكان إسقاطه)**؛ أي: إسقاط ملك اليمين **(أقوى)**؛ لأن يزيل أقوى الملكين. ولأنه يزيل كلاهما في محله، ومن شرط المجاز: أن لا يكون عمله في محل المجاز أقوى من عمله في محل حقيقته، وهاهنا لو جعل مجازًا من الإعتاق؛ لصار عمله في محل المجاز أقوى من عمله في محل الحقيقة؛ لأن عمله محل حقيقته إزالة المانع من الفعل فقط، وفي محل المجاز إثبات القدرة وإزالة الضعف، ولا شك أن الثاني أقوى.

(وانساغ في عكسه)؛ أي: استعارة التحرير للطلاق، كالبيع يستعار للإجارة، ولا ينعكس.

وقوله: (ولأن ملك اليمين) إلى آخره: جواب عمّا يقال: أن ملك النكاح في حكم ملك العين، فقال: لا كذلك؛ لأنها حرة مالكة، فكان في حكم ملك اليمين حكمًا لا حقيقة، وملك الرقبة ملك العين حقيقة وحكمًا. إليه أشير في

الِاستِثْنَاءَ مِن النَّفْيِ إِثبَاتٌ عَلَى وَجهِ التَّأْكِيدِ كَمَا فِي كَلِمَةِ الشَّهَادَةِ (وَلَو قَالَ: رَأْسُك رَأْسُ حُرٍّ لَا يَعْتِقُ) لِأَنَّهُ تَشبِيهٌ بِحَذفِ حَرفِهِ (وَلَو قَالَ رَأْسُك رَأْسُ حُرٌّ عَتَقَ) لِأَنَّهُ إِثبَاتُ الحُرِّيَّةِ فِيهِ، إذ الرَّأْسُ يُعَبَّرُ بِهِ عَن جَمِيعِ البَدَنِ.

المبسوط، والأسرار.

وأما **قوله**: **(الأحكام تثبت بسبب سابق)**(١) إلى آخره: فليس كذلك؛ لما بينا أن العبد آدمي، ولا مالكية فيه؛ لأنه كالميت، أو هو كالبهيمة؛ لأن الآدمي حيوان؛ بل علة ثبوت هذه الأحكام كونه حرًّا.

وأما صحة التعليق؛ فلأن الإعتاق إثبات القوة في العبد بواسطة إزالة ملكه، ومن حيث الإزالة تتعلق بالشرط. إليه أشير في تعليقات البرغري.

في المبسوط: لا معنى لما قال الشافعي: إنه ذكر الموجَبَ وأراد الموجِبَ؛ لأنه لا يصح استعارة السَّببِ للمسبِّبِ؛ لتحقق السبب بدون مسببه، وفي (اعتدي) وقوع الطلاق بالإضمار، ولهذا يقع على غير المدخول بها، ولا عدة عليها(٢).

وقوله: (رأسك رأس حر) بِحُرٍّ حُرٌّ **(لا يعتق؛ لأنه تشبيه بحذف حرفه)**؛ أي: حرف التشبيه، أي: كرأس حرٍّ، فصار **كقوله: (مثل الحر)** فلا تعتق بلا نيه.

وكذا لو قال: بدنك بدن حر أو وجهك.

وفي التجنيس والمحيط: لو قال لامرأة حرة: أنت حرة مثل هذه، وأراد بهذه أَمَتَهُ؛ تعتق أمته. ولو قال: ما أردتُ؛ لا يصدق قضاء؛ لأنه وصفها بالحرية، حيث شبه الحرة بها.

ولو قال لامرأة حرة: أنت مثل هذه الأمة، أراد بهذه الأمة أمته؛ لا تعتق؛ لأنه بيَّن أنها أمة.

وقيل في قوله: أنت مثل الحر، أو ما أنت إلا مثل الحر؛ يعتق إذا نوى،

---

(١) انظر المتن ص ٧٠٨.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٦٥).

فَصْلٌ: [مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مِنْهُ]

(وَمَن مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحرَمٍ مِنهُ عَتَقَ عَلَيهِ) وَهَذَا اللَّفظُ مَروِيٌّ عَن رَسُولِ اللَّهِ ﷺ،

واستدل بقوله لها: أنت مثل امرأة فلان، وقد كان فلان آلَى منها؛ فإنه يكون موليًا منها.

وفي الحاصل: أن الكنايات على ثلاثة أوجه:

منها: ما يقع به العتق، نوى أو لم ينو، كقول المولى لعبده: تصدقت نفسكَ عليكَ، أو ملّكتُكَ نفسكَ عليكَ، أو وهبتُ نفسكَ منكَ، أو أوصيتُ نفسكَ لكَ، أو بعتُ نفسكَ، فهذه الألفاظ كنايات عن العتق، إلا أنها لا تحتاج إلى النية؛ لأن الكنايات لا تحتاج إلى النية إذا كانت تحتمل المعاني[٥٢٠/أ]، ولا يمكن الجمع بين الكل، فيحتاج إلى النية، وهذه الكنايات لا تحتمل معاني، وإنما تحتمل الكناية عن العتق لا غير، فاستغنت عن النية.

ومنها: ما يقع إذا نوى، كقولك: لا ملك لي عليك، ولا رق لي عليك، وخرجتَ عن ملكي ولا سبيل لي عليكَ.

ومنها: ما لا يقع به إذا نوى أيضًا، كالطلاق، وكنايات الطلاق.

وفي الكافي: لو قال له: إنكَ لله، أو أنتَ لله؛ لم يعتق عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأنه صادق في مقاله؛ إذ كل مخلوق لله، فصار كقوله: **أنت عبد الله**.

وعند أبي يوسف: إذا نوى يعتق؛ لأن معناه: أنت خالص لله، وذا بانتفاء ملكه عنه، فصار كقوله: **لا ملك لي عليكَ**.

فَصْلٌ

لما ذكر العتق الحاصل بالاختيار؛ إذ هو الأصل ذكر في هذا الفصل عامة مسائل العتق التي تحصل بلا اختيار.

قوله: (عتق عليه)، وبه قال أحمد، ذكر الخطابي في معالم السنن: ذكر أكثر العلماء إليه، روي عن عمر وابن مسعود ولا يعرف لهما مخالف في الصحابة.

وبه قال الحسن بن أبي الحسن البصري وجابر بن زيد وعطاء والشعبي،

وَقَالَ ﷺ: «مَن مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحرَمٍ مِنهُ فَهُوَ حُرٌّ» ....

والزهري وحماد والحكم والثوري والنخعي وابن شبرمة، وأبو سلمة والحسن بن حي والليث وعبد الله بن وهب وإسحاق والظاهرية.

وقال مالك: يعتق في قرابة الولادة والأخوة والأخوات لا غير.

وقال الأوزاعي: يعتق كل رحم محرم كانت أو غير محرم، وابن العم وابن الخال ويستسعيهما.

وقال الشافعي: لا يعتق في غير قرابة الولاد، وقال أبو محمد: لا نعلم قول الشافعي عن أحد قبله وليس له فيها أنيس.

احتج المالكيّون بقوله تعالى - إخبارًا عن موسى عليه السلام -: ﴿إِنِّي لَآ أَمْلِكُ إِلَّا نَفْسِي وَأَخِيۖ﴾ [المائدة: ٢٥]، قالوا: كما لا يملك إلا نفسه كذلك لا يملك أخاه، ولحديث ابن عباس قال: كان للنبي عليه السلام مولى يقال له صالح فاشترى أخاه فقال عليه السلام: «**وقد عتَقَ حين ملكْتَهُ**»(١).

ولنا: رواية الحسن عن سمرة بن جندب أنه عليه السلام قال: «**من ملكَ ذا رحمٍ محرم فهو حرٌّ**»(٢) قال أبو البركات: قوله في المنتقي: رواه الخمسة إلا النسائي.

وفي رواية لابن حنبل: «**فهو عتيق**».

(**مَحْرَم**) بفتح الميم وسكون الحاء المهملة وفتح الراء وتخفيفها، ويقال: بضم الميم وتشديد الراء، وأخرج النسائي وابن ماجه من حديث عبد الله بن دينار، عن ابن عمر قال رسول الله ﷺ: «**من مَلَكَ ذا رحمٍ محرم فهو حُرّ**»(٣)،

---

(١) أخرجه الدارقطني (٥/ ٢٢٨ رقم ٤٢٢٧) وقال: العرزمي تركه ابن المبارك ويحيى القطان وابن مهدي، وأبو النضر هو محمد بن السائب الكلبي المتروك، وهو القائل: كل ما حدثت عن أبي صالح كذب.

(٢) تقدم تخريجه قريبًا.

(٣) أخرجه النسائي في السنن الكبرى (٥/ ١٣ رقم ٤٨٧٧)، وابن ماجه (٢/ ٨٤٤ رقم ٢٥٢٥).
وأشار إليه الترمذي (٣/ ٤٠) وقال: رواه ضمرة بن ربيعة، عن الثوري، عن عبد الله بن دينار، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ. ولم يتابع ضمرة على هذا الحديث، وهو حديث خطأ عند أهل الحديث. قال النسائي: لا نعلم أن أحدًا روى هذا الحديث عن سفيان غير ضمرة، وهو حديث منكر.

وَاللَّفظُ بِعُمُومِهِ يَنتَظِمُ كُلَّ قَرَابَة مُؤَيَّدَة بِالمَحرَمِيَّةِ وِلَادًا أَو غَيرَهُ، وَالشَّافِعِيُّ رحمه الله يُخَالِفُنَا فِي غَيرِهِ. لَهُ: أَنَّ ثُبُوتَ العِتقِ مِن غَيرِ مَرضَاةِ المَالِكِ يَنفِيهِ القِيَاسُ أَو لَا يَقتَضِيه،

ولفظ ابن ماجه: «**عتيق**». قال النسائي: هذا حديث حسن صحيح كل رواته ثقات تقوم الحجة به.

قال المالكيون والشافعيون: أن الحسن لم يسمع من سمرة، وهو منقطع لا تقوم به الحجة.

قلنا: قد ذكرنا من رواية النسائي فكيف لا تقوم به الحجة، وهذا اللفظ مروي عن رسول الله ﷺ رواه عمر وابن مسعود وعائشة.

(**واللفظ بعمومه ينتظم**) أي لفظ «**ذا رحمٍ محرم**» (**كل قرابة مؤيدة**) بالياء المنقوطة من تحتها باثنتين.

فإن قيل: الضمير في مثل هذا يرجع إلى كلمة «**مَن**» كما في قوله عليه السلام: «**مَن دخلَ دارَ أبي سفيانَ فهو آمنٌ**»[(١)]، ومن دخل هذا الحصن أوّلًا فله من النفل كذا فلم لا يرجع إلى من ههنا أيضًا.

قلنا: يأبى ذلك وقوعه جزاءً، وحرية المالك لا تصلح جزاء؛ لأن حريته ثابتة قبل ذلك ولأن حريته تستفاد من قوله: (**مَلَك**) فكان لفظ هو راجع إلى المملوك ليترتب عليه جزاء الحرية.

وفي المبسوط[(٢)]: قال داود الظاهري: (ملك قريبة) لا تعتق بدون الإعتاق؛ لظاهر قوله عليه السلام: «**لن يَجزي والدٌ عن ولدِه حتَّى يجدَهُ مملوكاً فيشتريهِ فيعتقَهُ**»[(٣)] ففيه تنصيص على أنه يستحق إعتاقه؛ إذ لو عتق بنفس الشراء لم يبق لقوله: «**فيعتقه**» فائدة، ولأن القرابة ابتداء الملك فلا يمنع بقاءه إلا أنها لِمَا منعت بقاءه.

وحجّتنا قوله تعالى: ﴿وَمَا يَنبَغِي لِلرَّحْمَٰنِ أَن يَتَّخِذَ وَلَدًا ۝٩٢ إِن كُلُّ مَن فِي

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٤٠٧ رقم ١٧٨٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٦٩).
(٣) أخرجه مسلم (٢/ ١١٤٨ رقم ١٥١٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

وَالأُخُوَّةُ وَمَا يُضَاهِيهَا نَازِلَةٌ عَن قَرَابَةِ الوِلَادَةِ، فَامتَنَعَ الإِلحَاقُ أَو الِاستِدلَال بِهِ، وَلِهَذَا امتَنَعَ التَّكَاتُبُ عَلَى المَكَاتِبِ فِي غَيرِ الوِلَادِ وَلَم يَمتَنِعُ فِيهِ. وَلَنَا: مَا رَوَينَا، وَلِأَنَّهُ مَلَكَ قَرِيبَهُ قَرَابَة مُؤَثِّرَة فِي المَحرَمِيَّةِ فَيَعتِقُ عَلَيهِ، ....

ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلۡأَرۡضِ إِلَّآ ءَاتِي ٱلرَّحۡمَٰنِ عَبۡدٗا ﴿٩٣﴾ [مريم: ٩٢-٩٣] فذلك تنصيص على المنافاة بين العبدية والبنوة، فإذا ثبتت البنوة انتفت العبدية، ومراده عليه السلام من قوله: «**فيعتقه**» بذلك الشراء لا بسبب آخر كما يقال: أطعمه فأشبعه وسقاه فأرواه بذلك الإطعام؛ إذ الفاء للتعقيب، وذلك يقتضي عتقه بذلك الشراء لا بفعلٍ مبتدإ.

وإنما أثبتنا له الملك ابتداء؛ لأن العبودية لا تتحقق إلا به فإذا لم يملكه لا تعتق، أما ملك النكاح فلا [٥٢٠/ب] فائدة في إثباته ثم إزالته؛ فإنها تعود إلى ما كانت عليه بخلاف العتق؛ فلأنه يعقب الولاء، ولأن العتق صلة ومجازاة فلا يعتق إلا بعد الملك. وأما انتفاء ملك النكاح فلحرمة المحل، وهي موجودة قبل العقد.

(فامتنع الإلحاق) أي بالقياس؛ لأن حكم الأصل ثابت بخلاف القياس فلا يقاس عليه .**(أو الاستدلال)** أي امتنع دلالة النص أيضًا.

قوله: (نازلة)؛ أي قاصرة **(عن قرابة الولاة)**؛ لأن فيها الجزئيّة والبعضية وملك الجزء كملك نفسه، والعبد إذا ملك نفسه عتق، فكذا إذا ملك أباه أو ولده، ولأن القرابات ثلاثة: قريبة كقرابة الولاد، وبعيدة كقرابة بني الأعمام، ومتوسطة: وهي قرابة الأخوة والعمومة، وقد ألحقت المتوسطة بالبعيدة في الشهادة والقود وَحِلِّ الحليلة، وامتناع التكاتب، فكذا في الحكم.

(ولنا ما روينا)، وهو قوله عليه السلام: «**من مَ لَكَ**»[١] الحديث، وقد بينا وجه صحته فلا نعيده، وما روي عن ابن عباس أن رجلًا قال: يا رسول الله إني وجدت أخي يباع في السوق فاشتريته وأنا أعتقه، فقال عليه السلام: «**قد أعتقه الله**»[٢]، ذكره في المبسوط[٣].

---

(١) تقدم تخريجه قريبًا. (٢) تقدم تخريجه قريبًا.
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٧٠).

وَهَذَا هُوَ الْمُؤَثِّرُ فِي الأَصلِ، وَالوِلَادُ مَلغِيٌّ لِأَنَّهَا هِيَ الَّتِي يُفتَرَضُ وَصلُهَا وَيَحرُمُ

(وهذا هو الموثر)؛ أي كون القريب محرمًا في الأصل، وهو قرابة (**الولاد ملغيٌّ لأنها**)؛ أي المحرمية هي التي يفترض وصلها ويحرم، ولهذا صينت عن أذى الذلين وهو الاستفراش، فأولى أن يصان عن أعلاها، وهو الاسترقاق أعظم؛ فلما حرم بهذه القرابة ذل النكاح فلا يحرم هذا أولى.

فإن قيل: ملك النكاح أضعف من ملك اليمين؛ فحرمة الأضعف لا يدل على حرمة الأقوى.

قلنا: الحرمة للصيانة عن الذل تحقيقًا للصلة؛ فحرم ما يؤدي إلى الاستذلال؛ لأن يضاد الوصل، ولهذا حرَّمَ عليه السلام الجمع بين ذواتي رحم، وقال: «**إنَّكم قطعتُم أرحامَكُن**»[1] إشارة إلى المنافرة التي تكون بين الضرائر.

وقال تعالى: ﴿وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلۡأَرۡحَامَۚ﴾ [النساء: ١]؛ أي اتقوا الله أن تعصوه والأرحام أن تقطعوه، فثبت أن الرحم يجب وصله، وأن المحرمية صيانة الرحم عن القطع، وعما يخالف الوصل من الملك والاستذلال، والتعليل بالجزئية في الولاد لا يضرنا؛ لأنها قاصرة ولم يصنع بما قال: إلا أن أرانا عدم العلة في النزع، وعدم العلة لا يوجب عدم الحكم؛ لجواز أن يكون الأصل معلولًا بعلة أخرى متعدية كما بينّا مع أن التعليل بالولادة مخالف للنص، وهو قوله عليه السلام: «**من ملك...**» الحديث[2]، واعتلالهم في الحديث بأنه مرسل غير صحيح لما ذكرنا من رواية النسائي، ولأن هذا المرسل مقبول باتفاق الأئمة الأربعة.

أما عندنا ومالك وأحمد أن المرسل حجة بلا شرط.

وعند الشافعي إذا عمل به أكثر الناس كأنه حجة، وقد ذكرنا عمل الصحابة وعمل أكثر الناس؛ فلا يجوز تركه على أصله، وأما إلحاقة القرابة المتوسطة

---

(١) أخرجه ابن حبان (٩/٤٢٦ رقم ٤١١٦)، والطبراني في المعجم الكبير (١١/٣٣٧ رقم ١١٩٣١) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٢) تقدم تخريجه قريبا.

قَطعُهَا حَتَّى وَجبَت النَّفَقَةُ وَحَرُمَ النِّكَاحُ، وَلَا فَرقَ بَينَ مَا إذَا كَانَ المَالِكُ مُسلِمًا أَو كَافِرًا فِي دَارِ الإِسلَامِ لِعُمُومِ العِلَّةِ. وَالمَكَاتِبُ إذَا اشتَرَى أَخَاهُ وَمَن يَجرِي مَجرَاهُ لَا يَتَكَاتَبُ عَلَيهِ لِأَنَّهُ لَيسَ لَهُ مِلكٌ تَامٌّ يُقدِرُهُ عَلَى الإِعتَاقِ وَالِافتِرَاضِ عِندَ القُدرَةِ، بِخِلَافِ الوِلَادِ لِأَنَّ العِتقَ فِيهِ مِن مَقَاصِدِ الكِتَابَةِ، فَامتَنَعَ البَيعُ فَيَعتِقُ تَحقِيقًا لِمَقصُودِ العَقدِ. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ يَتَكَاتَبُ عَلَى الأَخِ أَيضًا، وَهُوَ قَولُهُمَا، فَلَنَا أَن

بالبعيدة باعتبار كثرة الشبه؛ فيرجح بكثرة الأشباه وقع مخالفًا للنص كما ذكرنا.

قوله: (**حتى وجبت لها النفقة**)، فإن قيل: وجوب النفقة على مذهبنا، أما على مذهب الشافعي، لا يجب النفقة في غير قرابة الولاد فكيف يتم الإلزام؟.

قلنا: لما ثبت وجوب النفقة بقوله: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] لم يعتبر إنكاره؛ لما أن الثابت بالنص كالثابت بالإجماع كذا قيل.

وقيد **بقوله**: (**أو كافرًا في دار الإسلام**)؛ لأنه لا حكم في دار الحرب، ولهذا لو ملك قريبه في دار الحرب لا يعتق عند أبي حنيفة خلافًا لأبي يوسف، وكذا المسلم إذا أعتق عبدًا حربيًّا في دار الحرب لا يعتق أيضًا، فعلم من هذا أن **قوله**: (**في دار الإسلام**) متعلقًا بهما لا **بقوله**: (**أو كافرًا**).

قوله: (**والافتراض عند القدرة**) مع صلة الرحم واجبة عند المقدرة، ولا قدرة للمكاتب على كتابة أخيه؛ لأن الكتابة نوع من الإعتاق، ولا قدرة له على الإعتاق.

(**بخلاف الولاد؛ لأن العتق فيه**)؛ أي عند الكتابة من مقاصد الكتابة؛ لأن مقصود المكاتب أن يعتق بجميع أجزائه فيسري العقد إليه (**تحقيقًا لمقصود العتق**)، ولهذا يبقى الكتابة إذا مات عن وفاء لتعتق أولاد؛ لأن المكاتب لا ملك له حقيقة ولهذا حل له الصدقة، ولا يفسد نكاح امرأته إذا اشتراها إلا أن المكاتب إذا ملك أباه أو ولده يمنع عليه بيعه؛ لأن المكاتب [٥٢١/ب] له كسب وحق الآباء والأولاد يثبت في الكسب، حتى يجب عليه نفقة أبيه إذا كان مكسبًا، وإن لم يكن موسرًا، وحق الأخ لا يثبت في الكسب حتى لا يجب عليه نفقة أخيه إذا كان معسرًا، وإن كان مكتسبًا.

نَمنَعَ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا مَلَكَ ابنَةَ عَمِّهِ وَهِيَ أُختُهُ مِن الرَّضَاعِ، لِأَنَّ المَحرَمِيَّةَ مَا ثَبَتَت بِالقَرَابَةِ وَالصَّبِيُّ جُعِلَ أَهلًا ....

قوله: (لعموم العلة) وهي الملك مع القرابة المتوسطة، وكذا لو كان المملوك **(مسلمًا أو كافرًا)** يعتق لعموم العلة.

فإن قيل: العلة هي وجوب الصلة حتى وجبت بها النفقة، والنفقة لا تجب عند اختلاف الدين، فينبغي أن لا يثبت العتق.

قلنا: تمام العلة هنا القرابة مع المحرمية بالنص، وباختلاف الدين تنعدم الوراثة فلا تستحق النفقة.

وأما حل وضع الزكاة لا يدل على حرمة صلة العتق، والزكاة نفسها صلة ولكن لم [يحل][1] بين الآباء والأولاد؛ لأن التمليك لم يتم للاشتراك في المنافع ولا كذلك بين الأخوين، وكذا حل الشهادة؛ لأن الشهادة كافية كالشهادة لنفسه من حيث جر النفع، وقد عدم في الأخ، وكذا وجوب القود فإن الابن يقتل بأبيه قصاصًا؛ لأن الشرع حرم عليه قصد الأب بالقتل كرامة للأب، لا لأنه يعتق عليه لو ملكه، وكذا حل الحليلة؛ لأن الوحشة التي يلحق الإنسان لحل حليلته لغيره، دون الوحشة التي تلحقه بلزوم الطاعة [٥٢١/أ] قهرًا بحق الملك؛ فإن لم يجب الصيانة عن أدنى الأمرين بالمحرمية بالرحم، لا يدل على أنه لا يجب عن الأعلى.

قوله: (لأن المحرمية ما ثبتت بالقرابة)، قال شيخ الإسلام: والأمة أجمعت على أن المراد بالمحرمية المحرمية بالنسب، والمراد بالأُمّةِ عامة أهل العلم؛ لأنه روي عن ابن مسعود والحسن والقاضي شريك بن عبد الله يعتق عليه ذي الرحم المحرم من الرضاعة نقله ابن حزم في المحلّى، ولكن غير ثبت.

قوله: (جُعِلَ أهلا) في المبسوط[2]: العلة جعلت في حقه، وهو الملك مع القرابة فإن الصغير يملك حقيقة، ولهذا يحرم عليه أخذ الصدقة.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

(٢) المبسوط للسَّرَخسي (٧/ ٧٢).

لِهَذَا العِتقِ، وَكَذَا المَجنُونُ حَتَّى عَتَقَ القَرِيبُ عَلَيهِمَا عِندَ المِلكِ؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ العَبدِ فَشَابَهَ النَّفَقَةَ. (وَمَن أَعتَقَ عَبدًا لِوَجهِ اللَّهِ تَعَالَى أَو لِلشَّيطَانِ أَو لِلصَّنَمِ عَتَقَ) لِوُجُودِ رُكنِ الإِعتَاقِ مِن أَهلِهِ فِي مَحَلِّهِ، وَوَصفُ القُربَةِ فِي اللَّفظِ الأَوَّلِ زِيَادَةٌ، فَلَا يَختَلُّ العِتقُ بِعَدَمِهِ فِي اللَّفظَينِ الآخَرَينِ.

(وَعِتقُ المُكرَهِ وَالسَّكرَانِ وَاقِعٌ) لِصُدُورِ الرُّكنِ مِن الأَهلِ فِي المَحَلِّ كَمَا فِي الطَّلَاقِ وَقَد بَيَّنَّاهُ مِن قَبلُ.

(وَإِن أَضَافَ العِتقَ إِلَى مِلكٍ أَو شَرطٍ صَحَّ كَمَا فِي الطَّلَاقِ) أَمَّا الإِضَافَةُ إِلَى المِلكِ فَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَد بَيَّنَّاهُ فِي كِتَابِ الطَّلَاقِ، وَأَمَّا التَّعلِيقُ بِالشَّرطِ، فَلِأَنَّهُ إِسقَاطٌ فَيُجرَى فِيهِ التَّعلِيقُ بِخِلَافِ التَّملِيكَاتِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوضِعِهِ.

(وَإِذَا خَرَجَ عَبدُ الحَربِيِّ إِلَينَا مُسلِمًا عَتَقَ) لِقَولِهِ ﷺ فِي عَبِيدِ الطَّائِفِ حِينَ

قوله: (**الآخَرَينِ**) وهو العتق لوجه (**للشيطان أو للصنم**)، وعند الظاهرية؛ لا يعتق فيهما.

قوله: (**وعتق المكره والسكران واقع**) في المكره خلاف الشافعي ومالك وأحمد، وفي السكران اتفاق الأئمة الأربعة على المختار عندهم، وقد تقدمت في الطلاق.

(**ففيه خلاف الشافعي**)؛ أي وحده، وعن أحمد يعتق كقولنا بخلاف الطلاق عنده، وعللوا بأن الشرع ندب إلى العتق دون الطلاق، وأما إذا قال: إذا جاء غد أو رأس الشهر فأنت حر، فكذلك لا يعتق حتى يوجد الملك بخلاف الطلاق عند مالك؛ فإنه يقع في الحال عنده فيهما بخلاف الأمة، فإنه لا يحل له وطئها قبل دخول الوقت، وخالف فيه الأئمة الثلاثة.

قوله: (**فَيُجْرَى فِيهِ التَّعْلِيقُ**) لا خلاف فيه بيننا وبين الشافعي، إنما الخلاف بوجه آخر، وأن بقاء الملك شرط عند انعقاد التعليق، وعند وجود الشرط وزواله فما بين ذلك لا يبطله، وعنده يبطله لانعقاد التعليق سببًا عنده، وعندنا ينعقد سببًا عند وجود الشرط كما قرر في الأصول.

قوله: (**لقوله ﷺ في عبيد الطائف**)، روى ابن عباس أن عبدين من الطائف

خَرَجُوا إِلَيهِ مُسلِمِينَ: «هُم عُتَقَاءُ اللَّهِ تَعَالَى» وَلِأَنَّهُ أَحرَزَ نَفسَهُ وَهُوَ مُسلِمٌ وَلَا استِرقَاقَ عَلَى المُسلِمِ ابتِدَاء.

(وَإِن أَعتَقَ حَامِلًا عَتَقَ حَملُهَا تَبَعا لَهَا) إِذ هُوَ مُتَّصِلٌ بِهَا (وَلَو أَعتَقَ الحَملَ خَاصَّة عَتَقَ دُونَهَا) لِأَنَّهُ لَا وَجهَ إِلَى إِعتَاقِهَا مَقصُودًا لِعَدَمِ الإِضَافَةِ إِلَيهَا وَلَا إِلَيهِ تَبَعًا

خرجا فأسلما فأعتقهما النبي عليه السلام، أحدهما أبو بكرة[١].

وعن حجاج بن أرطأة عن أبي سعيد الأعشى قال: كان من وصاياه عليه السلام إذا خرج العبد إلينا مراغما لسيده فأسلم ثم خرج سيده لا نرده إليه.

وقال ابن الجوزي في منتظمه[٢]: نزل بضعة عشر رجلا منهم أبو بكرة جد القاضي بكار، واسمه نفيع مولى رسول الله سمي أبا بكرة؛ لأنه نزل بكرة، وقيل: ببكرة وهو الذي ركع قبل اتصاله بالصفوف فقال عليه السلام: «**زادك الله حرصًا**»[٣].

قوله: (**ابتداء**) قُيِّدَ به احترازًا عن الاسترقاق لها؛ لأنه يصح؛ لأن ذلك من الأمور الحكمية لا الجزائية فيصح كما يصح بقاء الأملاك بعد وجود سببها، وبقولنا قال الشافعي ومالك وأحمد وأكثر أهل العلم.

وقال الأوزاعي: لو جاء سيده مسلمًا يرد إليه، وعند الظاهرية؛ يعتق بالإسلام من غير خروج، وينقض قول الظاهرية؛ بسلمان فإنه أسلم وسيده ولم يعتق بذلك.

قوله: (**عتق حملها**) ولا خلاف فيه لأحد، ولو استثنى حملها فقال: أعتقتها إلا بحملها فليس له كاستثناء أطرافها، وبه قال الشافعي ومالك، وقال أحمد والنخعي والشعبي وعطاء وابن سيرين: يصح استثناؤه من العتق، وهو مروي عن ابن عمر وأبي هريرة؛ لأنهم لا يُجَوِّزون عتق الجنين دون أمه بعد نفخ الروح، ويجوز قبل نفخ الروح وتكون أمه حرة تبعًا له.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٩/ ٢٣٠ رقم ١٩٣١٥).
(٢) المنتظم لابن الجوزي (٥/ ٢٤٧).
(٣) أخرجه البخاري (١/ ١٥٦ رقم ٧٨٣) من حديث أبي بكرة ﷺ.

لِمَا فِيهِ مِن قَلبِ المَوضُوعِ، ثُمَّ إعتَاقُ الحَملِ صَحِيحٌ وَلَا يَصِحُّ بَيعُهُ وَهِبَتُهُ، لِأَنَّ التَّسلِيمَ نَفسَهُ شَرطٌ فِي الهِبَةِ، وَالقُدرَةَ عَلَيهِ فِي البَيعِ، وَلَم يُوجَد ذَلِكَ بِالإِضَافَةِ إِلَى الجَنِينِ، وَشَيءٌ مِن ذَلِكَ لَيسَ بِشَرط فِي الإِعتَاقِ فَافتَرَقَا.

(وَلَو أَعتَقَ الحَملَ عَلَى مَالٍ صَحَّ، وَلَا يَجِبُ المَالُ) إذ لَا وَجهَ إِلَى إلزَامِ المَالِ عَلَى الجَنِينِ لِعَدَمِ الوِلَايَةِ عَلَيهِ، وَلَا إِلَى إلزَامِهِ الأُمَّ، لِأَنَّهُ فِي حَقِّ العِتقِ نَفسٌ عَلَى حِدَة، وَاشتِرَاطُ بَدَلِ العِتقِ عَلَى غَيرِ المُعتِقِ لَا يَجُوزُ عَلَى مَا مَرَّ فِي الخُلعِ، وَإِنَّمَا يُعرَفُ قِيَامُ الحَبَلِ وَقتَ العِتقِ إِذَا جَاءَت بِهِ لِأَقَلَّ مِن سِتَّةِ أَشهُرٍ مِنهُ، لِأَنَّهُ أَدنَى مُدَّةِ

(ثم إعتاق الحمل صحيح)؛ أي بدون الأم عند الجمهور إلا عند الظاهرية.

قوله: (**فيه من قلب الموضوع**) ولا يلزم عليه أم الولد؛ لأن استحقاق عتقها شرعًا بخلاف القياس.

فإن قيل: لو لم يعتق أمه لجاز بيعها، وفي المبسوط[1]: لو باع الأم إذا أعتق ما في بطنها لا يجوز، والهبة تجوز.

قلنا: الفرق يجيء في هبة هذا الكتاب، وفيه الفرق أن في البيع استثناء الحمل معنا، فلا يجوز في البيع لو استثنى ما في البطن قصدًا فكذا إذا صار مستثنى حكمًا، وفي الهبة لو استثنى ما في البطن قصدًا لا تبطل الهبة فكذا إذا صار مستثنى حكمًا.

وفي المنهاج: لو كان حملها الرجل، وهي لآخر لم يعتق واحد منهما يعتق الآخر ولا يسري، (**والقدرة عليه**)؛ أي على التسليم في البيع حتى لا يجوز بيع الآبق، ويجوز عتقه.

قوله: (**على ما مر في الخلع**) الحوالة غير رابحة إلا أن يكون مراده جمع الجامع الصغير، فإنه ذكر فيه لا في الكتاب.

قوله: (**لأقل من ستة أشهر**) حتى لو كان لستة أشهر أو أكثر لا يتيقن بوجوده، وفي التوأمين لو وجد أحدهما لأقل من ستة أشهر والآخر لستة أشهر أو أكثر حكم بوجودهما؛ لأنهما خُلِقا من ماء واحد.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ١٩٢).

الحَملِ. قَالَ: (وَوَلَدُ الأَمَةِ مِن مَولَاهَا حُرٌّ) لِأَنَّهُ مَخلُوقٌ مِن مَائِهِ فَيَعتِقُ عَلَيهِ، هَذَا هُوَ الأَصلُ، وَلَا مُعَارِضَ لَهُ فِيهِ لِأَنَّ وَلَدَ الأَمَةِ لِمَولَاهَا. (وَوَلَدُهَا مِن زَوجِهَا مَملُوكٌ لِسَيِّدِهَا) لِتَرَجُّحِ جَانِبِ الأُمِّ بِاعتِبَارِ الحَضَانَةِ أَو لِاستِهلَاكِ مَائِهِ بِمَائِهَا، وَالمُنَافَاةُ مُتَحَقِّقَةٌ، وَالزَّوجُ قَد رَضِيَ بِهِ، بِخِلَافِ وَلَدِ المَغرُورِ، لِأَنَّ الوَالِدَ مَا رَضِيَ بِهِ.

قوله: (وولد الأمة من مولاها حر)؛ أي بإجماع الأئمة.

في المبسوط[1]: الولد يعلَقُ حرَّ الأصل من المائين؛ لأن ماء الجارية مملوكة لمولاها.

وفي المرغيناني: باستيلاد أم ولد الغير يعلق ولده حر الأصل، ولا يكون حكمه حكم الأم، فلهذا يضمن المغرور ضمنه بالاتفاق.

قوله: (وإن كانت أم ولد) ولا مالية له عند أبي حنيفة.

قوله: (لترجح جانب الأم) يعني أنه مخلوق من مائين وماء الأم أولى؛ لأنه باعتبار أنه مخلوق ومن مائها بيقين، وما قلنا أن الولد للفراش حكمي لا حقيقي وفي الأم حقيقي وحكمي، ولهذا يثبت ولد الزنا من أمه، وكذا ولد الملاعنة ثابت النسب من الأم دون الأب حتى توارثا دون الأب، وكان ماء الأم أولى.

(باعتبار الحضانة أو لاستهلاك مائه)؛ يعني يرجح ماؤها باعتبار استهلاك ماء الرجل؛ لأن ماءها في موضعه ويزداد قوة منها لأمته أو يرجح جانبها بالحضانة والتربية، أو لأن الولد ما دام في الرحم بمنزلة عضو من أعضائها كيدِها ورجلها، ولهذا يقرض بالمقراض عند الانفصال ويعتق بإعتاقها، ولا يجوز بيعها واستثناء الحمل منها.

قوله: (والمنافاة متحققة) أي: المعارضة محققة بين المائين فرجحنا ماءَها بما ذكرنا بخلاف ما إذا ولدت من سيدها؛ لأن ماء الأمة لا يعارض ماء مولاها؛ لأن مائها مملوكة له.

قوله: (ما رضي به) أي: برقِّ الولد حيث أقدم على نكاح الأمة مع كونه

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٧/ ١٥٤).

(وَوَلَدُ الحُرَّةِ حُرٌّ عَلَى كُلِّ حَال) لِأَنَّ جَانِبَهَا رَاجِحٌ، فَيَتبعُهَا فِي وَصفِ الحُرِّيَّةِ كَمَا يَتْبعُهَا فِي المَمْلُوكِيَّةِ والمرقوقية وَالتَّدبِيرِ وَأُمُومِيَّةِ الوَلَدِ وَالكِتَابَةِ، وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعلَمُ.

باب العبد يُعتَق بعضُه

عالمًا أن الولد رقيق، وفي هذا إجماع حتى لو كان الزوج هاشميًّا يكون وُلِدَ هاشميًّا رقيقًا، وإنما رجح جانب الأب في النسب؛ لأنه للتعريف وحال الرجال مكشوفة فيعرف الولد بالأب، والنساء لا يعرفن لخفاء أحوالهن فخولف فيه الأصل.

قوله: (كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية) أورد هذين اللفظين، لتغايرهما من حيث الكمال والنقصان؛ فإن في المدبّر وأم الولد الملك كامل والرق ناقص، وفي المكاتب على عكسه.

أو لأن المملوكية عام فيكون في بني آدم وغيرهم، والمرقوقية خاص في بني أدم؛ فتبين به أن الولد يتبع الأم في الخاص والعام.

ولهذا أن البقر الوحشي والحمر الأنسيّة والظباء لا تجوز في الأضحية، ولو كان الولد بين الوحشي والأهلي، فإن كانت الأم وحشية لا تجوز وإن كانت أهلية تجوز؛ لأن الولد تابع للأم فيها كذا في فتاوي الولوالجي.

ثم الولد يتبع الأم في الرق والحرية **(وأمومية الولد والكتابة)** بلا خلاف، وفي التدبير خلاف، وفي المنهاج: إن ولدت المدبرة من نكاح أو زنا، لا يصير ولدها مدبرًّا على المذهب، وإن دبّر الحامل صار ولدها مدبّرًا على المذهب.

وعن أحمد وجابر بن زيد وعطاء: لا يتبعها ولدها في التدبير، لا تعتق بموت سيدها، واعتبروه بالتعليق بدخول الدار، وللجمهور القياس، على تبعيته أم الولد.

باب العبد يعتق بعضه

ولما ذكر إعتاق الكل ذكر في [٥٢٢/أ] هذا الباب إعتاق البعض؛ إذ البعض يتبع الكل أو لأن إعتاق البعض من العوارض؛ لقلة وقوعه فأخره، أو لأن هذه المسألة مختلف فيها فقدّم المتفق.

(وَإِذَا أَعتَقَ المَولَى بَعضَ عَبدِهِ عَتَقَ ذَلِكَ القَدرُ وَيَسعَى فِي بَقِيَّةِ قِيمَتِهِ لِمَولَاهُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله وَقَالَا: يَعتِقُ كُلُّهُ)(*) وَأَصلُهُ: أَنَّ الإِعتَاقَ يَتَجَزَّأُ عِندَهُ فَيَقتَصِرُ عَلَى مَا أَعتَقَ، وَعِندَهُمَا: لَا يَتَجَزَّأُ وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ رحمه الله، فَإِضَافَتُهُ إِلَى البَعضِ كَإِضَافَتِهِ إِلَى الكُلِّ فَلِهَذَا يَعتِقُ كُلُّهُ. لَهُم: أَنَّ الإِعتَاقَ إِثبَاتُ العِتقِ وَهُوَ قُوَّةٌ حُكمِيَّةٌ، وَإِثبَاتُهَا بِإِزَالَةِ ضِدِّهَا وَهُوَ الرِّقُّ الَّذِي هُوَ ضَعفٌ حُكمِيٌّ وَهُمَا لَا يَتَجَزَّآنِ، ....

قوله: (عتق ذلك القدر) وفي المنافع: عتق؛ أي زال ملكه عن ذلك القدر، ولم يرد به حقيقة العتق عند أبي حنيفة، وإنما أراد به ثبوت أثره وهو زوال الملك إليه أشير في المبسوط[1].

(يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ) أي عند أبي حنيفة، وهو قول الحسن البصري، ومروي عن علي رضي الله عنه.

قوله: (وهو قول الشافعي)؛ أي: فيما إذا كان المالك واحدًا أو كان المعتق موسرًا فعند ذلك قوله كقولهما. أما لو كان المعتق معسرًا يبقى ملك الساكت كما كان، حتى يجوز له بيعه وهبته، وبقول الشافعي قال مالك وأحمد. وقولهما قول قتادة والثوري والشعبي ويروي عن عمر.

قوله: (أن الإعتاق يتجزَّأ عنده)؛ أي: عند أبي حنيفة خلافا لهما. وفي بعض كتب أصحابنا؛ أن العتق يتجزئ عند أبي حنيفة، والمراد الإعتاق؛ لأن العتق والرق لا يتجزأن بالاتفاق، والمسألة مستقصاه في الأصول، وكذا الخلاف لو قال: بعضك حرا وجزؤك حر يؤمر بالبيان، ولو قال: سهم منك حر أو شيء منك حر، فهو سدسه.

وقيل: الخلاف في السهم لا غير ويأتي في الوصايا إن شاء الله.

(وعندهما): يعتق كله ولا يستسعيه ذكره في التحفة.

(لهم)؛ أي: لأبي يوسف ومحمد والشافعي (أن الإعتاق...) إلى آخره، (وهما لا يتجزآن) أي الرق والعتق لا يتجزآن بالاتفاق فلا يتجزئ بالإعتاق؛ لأن

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٦٦).

فَصَارَ كَالطَّلَاقِ وَالعَفوِ عَن القِصَاصِ وَالِاستِيلَادِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله: أَنَّ الإِعتَاقَ إِثبَاتُ العِتقِ بِإِزَالَةِ المِلكِ، أَو هُوَ إِزَالَةُ المِلكِ، لِأَنَّ المِلكَ حَقُّهُ، وَالرِّقَّ حَقُّ الشَّرعِ، أَو حَقُّ العَامَّةِ. وَحُكمُ التَّصَرُّفِ مَا يَدخُلُ تَحتَ وِلَايَةِ المُتَصَرِّفِ وَهُوَ إِزَالَةُ

إزالة ما لا يتجزئ لا يتجزئ، أما الرق لا يتجزئ فإنه عقوبة وجبت على الآدمي بسبب كفره في الأصل، والعقوبة لا يتصور وجوبها على النصف شائعًا؛ لأن الذنب لا يتصور من النصف، ولأن الأحكام المبنية على العتق من أهلية الشهادة والقضاء والإرث يضادّ أحكام الرق؛ فلا يتصور إجماع الضدين في محل واحد، ولهم أيضًا قوله عليه السلام: «**من أعتقَ شِقْصًا من عبدٍ فهو حرٌّ كله ليسَ للهِ فيه شريكٌ**»(١).

(**فصار كالطلاق**)، والطلاق لا يتجزئ وكذا (**العفو عن القصاص والاستيلاد**) بالإجماع، حتى لو استولد الأمة المشتركة تصير كلها أم ولد، ولو عفى بعض الورثة من القصاص بسقوط الورثة.

قوله: (**والرق حق الشرع**) جرى عليه الرق جزاء كفره حيث استنكف أن يكون عبد الله فجعله الله عبدَ عبدِه. (**أو حق العامة**) ليكون معونة للمكلفين على إقامة التكليف يعني: الغانمون يستغنمونه كما يستغنمون سائر الأموال؛ فصار في حقهم بمنزلة الجماد ليصلوا إلى الانتفاع به. وإنما ملك التصرف في حقه دون حق غيره وهو إزالة ملكه فيبقى على الأصل، وهو أن يقتصر التصرف على موضع الإضافة.

واستدل أبو حنيفة أيضًا بحديث سالم عن ابن عمر أنه عليه السلام قال: «**من أعتقَ شقصًا لهُ من عبدِه، فإن كان موسرًا؛ فعليه خلاصُهُ، وإلا فقد عتقَ ما عتقَ ورقَّ ما رقَّ**»(٢)، وفي رواية: «**من أعتق شِقصًا لهُ من عبدٍ؛ كُلِّفَ عِتقَ**

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٣ رقم ٣٩٣٣) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.
وبنحوه أخرجه البخاري (٣/ ١٣٩ رقم ٢٤٩١) من حديث ابن عمر رضي الله عنه، ومن حديث أبي هريرة رضي الله عنه أخرجه مسلم (٣/ ١٤١ رقم ٢٥٠٣).
(٢) انظر تخريج الحديث السابق.

حَقِّهِ لَا حَقِّ غَيرِهِ. وَالأَصلُ: أَنَّ التَّصَرُّفَ يَقتَصِرُ عَلَى مَوضِعِ الإِضَافَةِ وَالتَّعَدِّي إِلَى مَا وَرَاءَهُ ضَرُورَةَ عَدَمِ التَّجزِيءِ، وَالمِلكُ مُتَجَزِّئٌ كَمَا فِي البَيعِ وَالهِبَةِ فَيَبقَى عَلَى الأَصلِ، وَتَجِبُ السِّعَايَةُ لِاحتِبَاسِ مَالِيَّةِ البَعضِ عِندَ العَبدِ، وَالمُستَسعَى بِمَنزِلَةِ المُكَاتَبِ عِندَهُ، لِأَنَّ الإِضَافَةَ إِلَى البَعضِ تُوجِبُ ثُبُوتَ المَالِكِيَّةِ فِي كُلِّهِ، وَبَقَاءُ المِلكِ فِي بَعضِهِ يَمنَعُهُ، فَعَمِلنَا بِالدَّلِيلَينِ بِإِنزَالِهِ مُكَاتَبًا إِذ هُوَ مَالِكٌ يَد إِلَّا رَقَبَة، وَالسِّعَايَةُ كَبَدَلِ الكِتَابَةِ، فَلَهُ أَن يَستَسعِيَهُ. وَلَهُ خِيَارُ أَن يُعتِقَهُ، لِأَنَّ المُكَاتَبَ قَابِلٌ

بقيَّتِهِ»[١] وتكليف العتق في الباقي لا يتصور بدون قيام الرق والملك، وألا يكون تكليفًا بتحصيل الحاصل.

وتأويل قوله عليه السلام: **«فهو حرٌّ كله»**[٢] أي: سيصير حرًّا كله بإخراج الباقي إلى الحرية بالسعاية، فيكون فيه بيان أن الرق لا يستدام فيما بقي وهو مذهبنا. وبدلالة الإجماع أيضًا فإن المعتق إذا كان معسرًا لا يضمن بالإجماع، ولو كان إعتاق البعض إعتاقًا للكل وإتلافًا حكمًا؛ لضمن كالموسر كما لو أتلف بالسيف أو بالشهادة لإنسان ثم رجع بعد القضاء، فإنه يضمن معسرًا كان أو موسرًا.

قوله: (فعملنا بالدليلين) لِما أنّ زوال الملك في النصف يوجب ثبوت المالكية في الكل باعتبار الرق؛ لأنه لا يتجزئ فقد اجتمع في العبد ما يوجب ثبوت المالكية في الكل وما يوجب بقاء الملك في الكل، والعمل بالدليلين ممكن بأن جعل مكاتبًا؛ لأن المكاتب مالك يدًا ومملوك رقبة، إليه أشير في مبسوط شيخ الإسلام.

أو تقول إضافة العتق إلى البعض يوجب ثبوت ملكيته كما هو قولهما، ولا يوجب ثبوت مالكيته كما قال أبو حنيفة، فقلنا: إنه حر يدا مملوك رقبة كالمكاتب عملًا بالدليلين.

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ١١٢ رقم ٥٩٢٠) عن سعيد بن المسيب قال: حفظنا عن ثلاثين من أصحاب رسول الله ﷺ... فذكره.

(٢) تقدم تخريجه قريبا.

لِلإعتَاقِ، غيرَ أَنَّهُ إذَا عَجزَ لَا يُرَدُّ إلَى الرِّقِّ، لِأَنَّهُ إسقَاطٌ لَا إلَى أَحَد فَلَا يَقبَلُ الفَسخَ، بِخِلَافِ الكِتَابَةِ المَقصُودَةِ، لِأَنَّهُ عَقدٌ يُقَالُ وَيُفسَخُ، وَلَيسَ فِي الطَّلَاقِ وَالعَفوِ عَن القِصَاصِ حَالَةٌ مُتَوَسِّطَةٌ، فَأَثبَتنَاهُ فِي الكُلِّ تَرجِيحًا لِلمُحَرَّمِ، وَالِاستِيلَادُ مُتَجَزِّئٌ عِندَهُ، حَتَّى لَو استَولَدَ نَصِيبَهُ مِن مُدَبَّرَة يَقتَصِرُ عَلَيهِ. وَفِي القِنَّةِ لَمَّا ضَمِنَ نَصِيبَ صَاحِبِهِ بِالإِفسَادِ مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ فَكَمُلَ الِاستِيلَادُ.

(وَإِذَا كَانَ العَبدُ بَينَ شَرِيكَينِ فَأَعتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ عَتَقَ، فَإِن كَانَ مُوسِرًا

قوله: (لا إلى أحد)، وفي بعض النسخ: لا إلى أجل بخلاف المكاتب. [٥٢٢/ب]

قيل: قولهم بمنزلة المكاتب غير جيد؛ لأن ملك المولى ثابت في المكاتب وهو عبد ما بقي عليه درهم، ومعتق البعض زال ملكه عن البعض فليس هو نظير المكاتب؛ بل الجيد أن يقال: سقط ملكه واستحق الحرية بغير عوض.

وأجيب: مرادهم بقوله: بمنزلة المكاتب أنه لا يجوز بيعه ولا هبته ويخرج إلى العتق بالسعاية كالمكاتب يخرج إليه بأداء البدل.

وفي جوامع الفقه: الاستسعاء أن يؤاجره ويأخذ قيمة نصفه من الأجرة، ويعتبر قيمته في الحال.

وقيل: إزالة الملك لا تسمى إعتاقًا باعتبار عاقبته؛ فإنه لا بد أن يترتب عليه العتق بطريقة كالجرح يسمى قتلًا باعتبار يترتب زهوق الروح عليه خلاف البيع والهبة. قوله: **(حالة متوسطة)** لما كانت الكتابة بين الحرية والرِّقِّية **(فكمل الاستيلاد)** يعني يجب تكميل الاستيلاد ما أمكن؛ لأنه فرع ثبوت النسب، والنسب لا يتجزأ فكذا الاستيلاد فتكميله بالضمان باعتبار إفساد ملك صاحبه لا باعتبار أنه غير متجزٍ عنده، ولهذا لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه.

قوله: (فأعتق أحدهما نصيبه) قيد به؛ لأنه لو أعتق نصيب صاحبه لم يعتق بالإجماع؛ لأن ملك الغير ليس بمحل للعتق.

قوله: (عتق)؛ أي: استحق العتق أو زال ملك المعتق، وملك الشريك أيضًا مع بقاء الرق في كل العبد عند أبي حنيفة؛ لأن عنده لا يثبت شيء من

فَشَرِيكُهُ بِالخِيَارِ، إن شَاءَ أَعتَقَ، وَإِن شَاءَ ضَمَّنَ شَرِيكَهُ قِيمَةَ نَصِيبِهِ، وَإِن شَاءَ استَسعَى العَبدَ، فَإِن ضَمِنَ رَجَعَ المُعتِقُ عَلَى العَبدِ، وَالوَلَاءُ لِلمُعتِقِ، وَإِن أَعتَقَ أَو

العتق به. قوله: **(وهذا)**[1] أي: اختيار السعاية في صورة اليسار.

وفي التحفة: له خمس خيارات؛ إن كان موسرًا إن شاء أعتق وإن شاء ضمن، وإن شاء كاتب وإن شاء استسعى، وإن شاء دبّر؛ فإذا دبّر يصير نصيبه مدبّرًا ويجب عليه السعاية للحال فيعتق ولا يجوز له أن يؤخر عتقه إلى ما بعد الموت.

وفي المبسوط[2]: له ثلاث خيارات كما ذكر في الكتاب، ولم يذكر فيه التدبير والكتابة.

وفي هذه المسألة أقوال كثيرة: أحدها: ما ذكر أبو حنيفة. والثاني: قولهما.

والثالث: قول ربيعة بن أبي عبد الرحمن؛ إنه لا يعتق شيء منه كان بإذن شريكه أو بغير أذنه.

والرابع: قول عثمان البتي؛ أنه يعتق نصيب من أعتق ويبقى نصيب من لم يعتق على حالِهِ، ولا ضمان على المعتق، وهو مروي عن عمر وأبي بكر بن أبي شيبة.

والخامس: قول الثوري والليث؛ فشريكه بالخيار إن شاء أعتق، وإن شاء ضمن ولم يذكر السعاية.

والسادس: قول زفر وبشر؛ أن له التضمين سواء كان المعتق موسرًا أو معسرًا.

والسابع: يعتق الباقي من بيت مال المسلمين، وهو قول ابن سيرين.

الثامن: قول مالك؛ قُوِّمَ عليه نصيبُ شريكه وضَمَّنها له ويعتق كله بعد التقويم لا قبله، وإن شاء شريكه أعتق نصيبه، وليس له أن يمسكه رقيقًا ولا أن يكاتبه، ولا أن يدبّره ولا أن يبيعه، وإن غفل عن التقويم حتى مات المعتق أو

(١) انظر المتن ص ٧٢٨.

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ١٠٤).

اسْتَسْعَى فَالوَلَاءُ بَيْنَهُمَا، وَإِن كَانَ المُعتِقُ مُعسِرًا فَالشَّرِيكُ بِالخِيَارِ: إن شَاءَ أَعتَقَ، وَإِن شَاءَ استَسْعَى العَبدَ، وَالوَلَاءُ بَيْنَهُمَا فِي الوَجهَينِ. وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا:

العبد بطل وماله كله لمن يمسكه بالرق، وإن كان المعتق معسرًا؛ فالباقي رقيقًا يبيعه الساكت أو يكاتبه أو يدبره أو يمسكه رقيقًا سواء أيسر بعد إعتاقه أم لا.

قيل: لا يُعلَمُ لأحد قبله من السلف.

التاسع: أحد أقوال الشافعي؛ وهو أن المعتق إن كان موسرًا قُوِّمَ عليه نصيب شريكه وهو حر كله حين أعتقه، وإن كان معسرًا عتق ما عتق، وبقي الباقي مملوكًا يتصرف فيه مالكه كيف شاء بلا سعاية.

العاشر: قول أبي حنيفة؛ في الولاء أنه مشترك بين المعتق والمستسعي وهو قول الحسن البصري، وحماد بن أبي سليمان والثوري وعندهما للمعتق دون المستسعي وهو قول النخعي والشعبي وابن شبرمة وابن أبي ليلى.

والحادي عشر: لو كان المعتق موسرًا له عتق نصيبه منجزًا ومضافًا عند أبي حنيفة. وعند مالك يعتقه ملالا إلى أجل.

والثاني عشر: قول مالك أن المعتق إذا كان موسرًا لا يعتق نصيبه حتى يؤدي قيمة نصيب شريكه، وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي: يعتق في حال.

والثالث عشر: أحد أقوال الشافعي؛ إن الحال موقوفة فإذا تبين أنه ما عتق كله.

والرابع عشر: أن العتق يسري بالإرث عندنا بلا ضمان، وعند الشافعية وبعض [٥٢٣/أ] المالكية لا يسري ولا يضمن.

والخامس عشر: لو كان المشترك زمِنًا يسري عندنا، وعند الشافعية خلاف فيها.

والسادس عشر: لو أوصى بعتق نصيبه يسري عندنا، وعند الشافعية لا يسري.

قوله: (والولاء بينهما في الوجهين) أي: في صورة الإعتاق وصورة السعاية، غاية ما في الباب أن الساكت أعتقه بالبدل، والإعتاق على مال لا ينافي ثبوت الولاء.

لَيسَ لَهُ إلَّا الضَّمَانُ مَعَ اليَسَارِ، وَالسِّعَايَةُ مَعَ الإعسَارِ، وَلَا يَرجِعُ المُعتِقُ عَلَى العَبدِ وَالوَلَاءُ لِلمُعتِقِ) وَهَذِهِ المَسأَلَةُ تُبتَنَى عَلَى حَرفَينِ: أَحَدُهُمَا: تَجزِيءُ الإعتَاقِ وَعَدَمُهُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَالثَّانِي: أَنَّ يَسَارَ المُعتِقِ لَا يَمنَعُ سِعَايَةَ العَبدِ عِندَهُ، وَعِندَهُمَا: يَمنَعُ. لَهُمَا فِي قَولِهِ ﷺ فِي الرَّجُلِ يُعتِقُ نَصِيبَهُ: «إن كَانَ غَنِيًّا ضَمِنَ، وَإِن كَانَ فَقِيرًا سَعَى فِي حِصَّةِ الآخَرِ»، قَسَمَ وَالقِسمَةُ تُنَافِي الشَّرِكَةَ.

وَلَهُ: أَنَّهُ احتَسَبَت مَالِيَّةُ نَصِيبِهِ عِندَ العَبدِ فَلَهُ أَن يُضَمِّنَهُ، كَمَا إذَا هَبَّت الرِّيحُ فِي ثَوبِ إنسَان وَأَلقَتهُ فِي صَبغِ غَيرِهِ حَتَّى انصَبَغَ بِهِ، فَعَلَى صَاحِبِ الثَّوبِ قِيمَةُ صَبغِ الآخَرِ مُوسِرًا كَانَ أَو مُعسِرًا لِمَا قُلنَا فَكَذَا هَاهُنَا، إلَّا أَنَّ العَبدَ فَقِيرٌ فَيَستَسعِيهِ.

قال التمرتاشي: ولو كان الساكت صبيًّا والمعتقُ موسرًا فوليه مخير بين التضمين والسعاية عند أبي حنيفة، والتضمين أولى؛ لأنه أنظر، ولو لم يكن ولي ينتظر بلوغه لهما.

قوله: (**والقسمة تنافي الشركة**) يؤيده ما روي عن أبي هريرة أنه عليه السلام قال: «**من أعتق نصيبًا له فعليه أن يعتقه كله إن كان له مال، وإلا استسعى العبد غير مشقوقٍ عليه**» أخرجه في الصحيحين[(١)].

قوله: (**احتسبت**) - بفتح التاء والباء - على بناء المفعول.

وفي النهاية: هكذا كان مقيّدًا بخط شيخي -رحمه الله- لما قلنا، وهو قوله: (**احتسبت مالية نصيبه عند العبد**).

(**فكذا ههنا**)؛ أي: في صورة الإعتاق، فالقياس أن يكون وجوب الضمان على المعتق معسرًا كان أو موسرًا، وهو بشرط إلا إنا تركنا القياس بالأحاديث.

فإن قيل: هذا القياس معارض للنص هو حديث القسمة وكان مردودًا.

قلنا: ذكر القسمة في الحديث بلفظ الشرط، والشرط يقتضي الوجود عند الوجود ولا يقتضي العدم عند العدم، فإنه عليه السلام علّق الاستسعاء بفقر المعتق، وهو لا ينافي الاستسعاء عند عدم الفقر على ما هو أصلنا؛ فجاز أن

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ١٤٥ رقم ٢٥٢٦)، ومسلم (٢/ ١١٤٠ رقم ١٥٠٣) من حديث أبي هريرة ﵁.

ثُمَّ المُعتَبَرُ يَسَارُ التَّيسِيرِ، وَهُوَ أَن يَملِكَ مِن المَالِ قَدرَ قِيمَةِ نَصِيبِ الآخَرِ لَا يَسَارُ الغِنَى، لِأَنَّ بِهِ يَعتَدِلُ النَّظَرُ مِن الجَانِبَينِ بِتَحقِيقِ مَا قَصَدَهُ المُعتِقُ مِن القُربَةِ وَإِيصَالِ بَدَلِ حَقِّ السَّاكِتِ إِلَيهِ، ثُمَّ التَّخرِيجُ عَلَى قَولِهِمَا ظَاهِرٌ، فَعَدَمُ رُجُوعِ المُعتِقِ بِمَا ضَمِنَ عَلَى العَبدِ لِعَدَمِ السِّعَايَةِ عَلَيهِ فِي حَالَةِ اليَسَارِ، وَالوَلَاءُ لِلمُعتِقِ، لِأَنَّ

يستسعي عند وجود الدليل، وإن كان موسرًا كذا قيل، وفيه نوع تأمل؛ لأن الأحاديث تؤيد قولهما.

وفي الكافي: وفي الحديث بيان أن الضمان يجب على المعتق عند يساره، وذا لا ينفي وجوب السعاية على العبد بوصف المخبر، وفائدة القسمة في نفي الضمان لو كان فقيرًا.

قوله: (لا يسار الغني) هذا ظاهر الرواية، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد، وفي رواية الحسن عنه استثناء الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البدن. ومن المشايخ من اعتبر نصاب حرمة الصدقة. وفي العيون والمختار ظاهر الرواية.

(لأن به)؛ أي: بيسار التيسير **(يعتدل النظر...)** إلى آخره؛ يعني اختلاف هذا الضمان فاليسار والإعسار ليتحقق معنى النظر للشريك، فإنه إذا استسعى العبد يتأخر وصول حقه إليه، وإذا ضمن شريكه يتوصل إلى مالية نصيبه في الحال، وإنما يكون هذا إذا كان موسرًا من المال ما يبلغ نصيب شريكه ويتحقق ما قصده المعتق من القربة.

وفي المبسوط(١): أنه قصد القربة بالإعتاق وتمام ذلك يعتق ما بقي، فإذا كان متمكنًا من إتمامه بملكه مقدار ما يؤديه إلى شريكه كان عليه، وهكذا كان في حديث نافع عن ابن عمر أنه عليه السلام قال: «**قُوِّمَ عليه نصيبُ شريكه إن كان له من المال ما يبلغُ ذلك**»(٢).

وفي التمرتاشي: لو قال: المعتق أعتقت وأنا معسر، وقال الساكت بخلافه

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٧/ ١٠٥).
(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٨٦ رقم ١٥٠١) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

العِتقَ كُلَّهُ مِن جِهَتِهِ لِعَدَمِ التَّجزيءِ. وَأَمَّا التَّخرِيجُ عَلَى قَولِهِ فَخِيَارُ الإِعتَاقِ لِقِيَامِ مِلكِهِ فِي البَاقِي، إذ الإِعتَاقُ يَتَجَزَّأُ عِندَهُ، وَالتَّضمِينُ، لِأَنَّ المُعتِقَ جَانٍ عَلَيهِ بِإِفسَادِهِ نَصِيبَهُ، حَيثُ امتَنَعَ عَلَيهِ البَيعُ وَالهِبَةُ وَنَحوُ ذَلِكَ مِمَّا سِوَى الإِعتَاقِ وَتَوَابِعِهِ، وَالِاستِسعَاءُ لِمَا بَيَّنَّا.

وَيَرجِعُ المُعتِقُ بِمَا ضَمِنَ عَلَى العَبدِ، لِأَنَّهُ قَامَ مَقَامَ السَّاكِتِ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ، وَقَد كَانَ لَهُ ذَلِكَ ....

نظر إليه يوم ظهر العتق كما في الإجارة إذا اختلفا في انقطاع الماء وجريانه.

وإن مات العبد قبل أن يختار الساكت شيئًا لم يكن له تضمين الموسر في رواية عن أبي حنيفة؛ لأن التضمين بشرط نقل الملك إلى المعتق وقد فات النقل بالموت، وفي ظاهر الرواية عنه له ذلك ويأخذه من تركته؛ لأن الضمان يستند إلى حالة الإعتاق كما في تضمين المتلفات وعندهما الضمان واجب، ولو باع الساكت نصيبه من المعتق أو وهب على عوض فالقياس أن يجوز كالتضمين، وفي الاستحسان لا يجوز؛ لأن هذا تمليك للحال وهو غير محل له بخلاف التضمين فإنه تمليك من وقت الإفساد وهو محل له.

وفي جامع قاضي خان: لو أعتق أحد الشريكين في مرض موته وهو موسر، ثم مات لا يوجد ضمان المعتق من تركته في قول أبي حنيفة بل يسقط؛ لأن الضمان يجب بطريق التحمل والصلة، والصلات تسقط بالموت، وعندهما يؤخذ من تركته؛ لأنه ضمان إتلاف، وإنما عرف استسعاء العبد [٥٢٣/ب] عند عسرته بالنص بخلاف القياس.

قوله: (وتوابعه)؛ أي: توابع الإعتاق كالكتابة والتدبير. **(والاستسعاء)** معطوف على قوله: **(والتضمين)**.

وقوله: (لما بيّنّا) إشارة إلى قوله: احتسبت ماليته عنده.

قوله: (كان له ذلك)؛ أي: للساكت الرجوع على العبد؛ فكذلك للمعتق كالمتدبر إذا قتل في يد الغاصب، وضمّن الغاصب كان للغاصب أن يرجع على القاتل كذا في مبسوط شيخ الإسلام.

بِالِاستِسعَاءِ، فَكَذَلِكَ لِلمُعتِقِ، وَلِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ ضِمنا فَيَصِيرُ كَأَنَّ الكُلَّ لَهُ، وَقَد عَتَقَ بَعضُهُ، فَلَهُ أَن يُعتِقَ البَاقِيَ أَو يَستَسعِيَ إن شَاءَ، وَالوَلَاءُ لِلمُعتِقِ فِي هَذَا الوَجهِ، لِأَنَّ العِتقَ كُلَّهُ مِن جِهَتِهِ، حَيثُ مَلَكَهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ. وَفِي حَالِ إعسَارِ المُعتِقِ إن شَاءَ أَعتَقَ لِبَقَاءِ مِلكِهِ، وَإِن شَاءَ استَسعَى لِمَا بَيَّنَّا، وَالوَلَاءُ لَهُ فِي الوَجهَينِ، لِأَنَّ العِتقَ مِن جِهَتِهِ، وَلَا يَرجِعُ المُستَسعِي عَلَى المُعتِقِ بِمَا أَدَّى بِإِجمَاع بَينَنَا، لِأَنَّهُ يَسعَى لِفِكَاكِ رَقَبَتِهِ أَو لَا يَقضِي دَينا عَلَى المُعتَقِ، إذ لَا شَيءَ عَلَيهِ لِعُسرَتِهِ، بِخِلَافِ المَرهُونِ إذَا أَعتَقَهُ الرَّاهِنُ المُعسِرُ، لِأَنَّهُ يَسعَى فِي رَقَبَة قَد فُكَّت أَو يَقضِي دَينًا عَلَى الرَّاهِنِ، فَلِهَذَا يَرجِعُ عَلَيهِ. وَقَولُ الشَّافِعِيِّ رحمه الله فِي المُوسِرِ

وقوله: (المستسعى) - بفتح العين - على صيغة المفعول، وهو العبد.

وقوله: (لأنه ملكه بأداء الضمان ضمنًا) جواب سؤال يرد على أبي حنيفة، وهو أنه معتق البعض كالمكاتب عنده؛ فينبغي أن لا يتملكه بالضمان كالمكاتب لا يقبل النقل من ملك إلى ملك، فأجاب عنه بقوله: **ملكه ضمنًا لأداء الضمان لا قصدًا، وكم من شيء يثبت ضمنًا لا قصدًا.**

قوله: (بإجماع بيننا) قيد به احترازًا عن أبي ليلى وزفر؛ فإن عندهما يرجع العبد بما سعى على المعتق، كالعبد المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر.

قوله: (فلهذا يرجع)؛ أي: لكونه مضطرًّا إلى فكاك رقبته أو يقضي دينًا على الراهن، وكذا لو أعتق جاريته على أن تزوجه نفسها فامتنعت تسعى في قيمتها وهي حرة، وكذا لو أعتقها على خمر أو خنزير تسعى في قيمتها وهي حرة.

وكذا لو باع نصف العبد منه بجارية فاستحقت عتق العبد ويسعى في قيمته، وهو حرٌّ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد وزفر يجب عليه قيمة الجارية، وكذا المولى لو أعتق عبد المديون وهو معسر يسعى وهو حرٌّ كالمراهن المعسر إذا أعتق الرهن، ولو وجبت السعاية لنزول العتق يسعى وهو رقيق كما في معتق العبد بعضه، بخلاف المريض إذا أعتق عبده فإنه يسعى وهو رقيق؛ لأن تصرفه موقوف فيما لا ينقض عنده، ونافذ فيما ينقض كالهبة والعتق.

كَقَولِهِمَا. وَقَالَ فِي المُعسِرِ: يَبقَى نَصِيبُ السَّاكِتِ عَلَى مِلكِهِ يُبَاعُ وَيُوهَبُ، لِأَنَّهُ لَا وَجهَ إِلَى تَضمِينِ الشَّرِيكِ لِإِعسَارِهِ وَلَا إِلَى السِّعَايَةِ، لِأَنَّ العَبدَ لَيسَ بِجَانٍ وَلَا رَاضٍ بِهِ، وَلَا إِلَى إِعتَاقِ الكُلِّ لِلإِضرَارِ بِالسَّاكِتِ فَتَعَيَّنَ مَا عَيَّنَاهُ. قُلنَا: إِلَى الِاستِسعَاءِ سَبِيلٌ، لِأَنَّهُ لَا يَفتَقِرُ إِلَى الجِنَايَةِ، بَل تُبتَنَى السِّعَايَةُ عَلَى احتِبَاسِ المَالِيَّةِ فَلَا يُصَارُ إِلَى الجَمعِ بَينَ القُوَّةِ المُوجِبَةِ لِلمَالِكِيَّةِ وَالضَّعفِ السَّالِبِ لَهَا فِي شَخصٍ وَاحِدٍ.

قوله: (ولا راض) أي: بإعتاق المعسر؛ لأن الرضا لا يتحقق إلا بالعلم، والمولى منفرد في إعتاقه بدون علمه؛ فتعين ما عيناه، وهو عتق ما عتق، ورق وما رق.

قوله: (إلى الاستسعاء سبيل) كما في العبد المرهون.

ولنا: حديث أبي هريرة كما أخرجه في الصحيحين[١]، ولأن ماليته احتسِبَت عنده بغير رضاء الساكت؛ فيأمره بالسعاية بالنص وينال شرف الحرية، وليصل الساكت إلى بدل حقه جمعًا بين المصلحتين. وقالت الشافعية: المولى لا يستوجب على عبده دينًا فكيف يَستسعِيهِ الساكت؟.

قلنا: اعتراض على رسول الله، ويجوز أن يجب على العبد دين لسيده كالمكاتب، فإنه عبد ما بقي عليه درهم، ومعتق البعض كالمكاتب عنده إلا أنه بالعجز عن السعاية لا يعود رقيقًا ويلزمه السعاية، وبدل الكتابة غير لازم.

قوله: (فلا يصار إلى الجمع...) إلى آخره، يعني كونه حرًّا في نصفه ورقيقًا في نصفه؛ إذ لا يشهد له أصول الشرع، كما لا يشهد بأن يكون نصف المرأة مطلّقة ونصفها غير مطلقة أو بقتل نصف رجل ويبقى نصفه غير مستحق القتل، ولأن الغرض من المالكية ملك الأشياء بأسبابها وملكها بأسبابها إنما يتصور من الأشخاص لا من الإسقاط؛ فيستسعى لئلا يؤدي إلى المالكية وعدمه في محل واحد.

والاستسعاء لا يفتقر إلى الجناية؛ بل هو مبني على احتباس المالية، كما إذا وقع ثوب بهبوب الريح في صبغ إنسان فصبغ كان لصاحب الصبغ أنه يرجع

---

(١) تقدم تخريجه قريبًا.

....

عليه بقيمة صبغه إذا اختار صاحب الثوب إمساك ثوبه، وكذا إذا استولد أحد الشريكين الجارية المشتركة يضمن نصيب شريكه موسرًا كان أو معسرًا؛ لاحتباس نصيب شريكه عنده، ووجوب السعاية من طريق الحكم للاحتباس وذلك متقرر وإن لم يرض به العبد كذا في المبسوط[1].

وفي البدائع: الضمان ثلاثة أنواع: ضمان تملك كاستيلاد الجارية المشتركة، وضمان إفساد كالإتلافات وإعتاق العبد المشترك عندهما، وضمان احتباس كإعتاق العبد المشترك على قول أبي حنيفة، ويعتبر القيمة في الضمان والسعاية يوم الإعتاق؛ لأنه السبب كما في الغصب وكذا حال المعتق في اليسار والإعسار، حتى لو كان موسرًا حين عتق ضمن ولم يسقط بالعسر الطارئ، ثم اختلفت [٥٢٤/أ] الرواية عن أبي حنيفة في رواية الضمان هو الأصل، وفي رواية الواجب أحدهما غير عين فأيهما أجازه فهو الواجب.

وثمرة الاختلاف تظهر فيما إذا مات العبد أو المعتق الموسر قبل التضمين، أو الاستسعاء؛ فعلى الرواية الأولى للساكت حق التضمين؛ لأنه هو الأصل فلا يسقط بالموت كالغصب، وعلى الرواية الثانية ليس له ذلك؛ لأن الضمان يثبت بملك المضمون، ولا يملك ذلك بعد الموت ويأخذ الأكساب بعد الموت العبد؛ لأن الواجب أحدهما فتبين أن الواجب من الأصل هو الاستسعاء فيكون استكسابًا بعد الموت.

وعلى الرواية الأولى ليس له أخذها بطريق السعاية؛ لأن الضمان هو الأصل فيكون استكسابًا بعد الموت وذلك لا يتصور.

وفي الذخيرة: لو أراد الساكت تضمين المعتق الموسر ثم أراد أن يستسعي له ذلك ما لم يقبل المعتق الضمان أو يحكم به حاكم، وهو رواية بن سماعة عن محمد عن أبي حنيفة، وذكر في الأصل إذا اختار الاستسعاء؛ لم يكن له اختيار التضمين بعد ذلك رَضِي العبدُ بالسعاية أو لا باتفاق الروايات، وهذا التفريع

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ١٠٦).

قَالَ: (وَلَو شَهِدَ كُلُّ وَاحِد مِن الشَّرِيكَينِ عَلَى صَاحِبِهِ بِالعِتقِ، سَعَى العَبدُ لِكُلِّ وَاحِد مِنهُمَا فِي نَصِيبِهِ، مُوسِرَينِ كَانَا أَو مُعسِرَينِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَكَذَا إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا مُوسِرًا وَالآخَرُ مُعسِرًا، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِد مِنهُمَا يَزعُمُ أَنَّ صَاحِبَهُ أَعتَقَ نَصِيبَهُ، فَصَارَ مُكَاتَبًا فِي زَعمِهِ عِندَهُ، وَحَرُمَ عَلَيهِ ....

إنما يتأتى على قول أبي حنيفة لا على قولهما؛ فإن السعاية مع اليسار لا تجتمع عندهما.

ولو مات شريك المعتق فكلٌّ وارثٌ ما يختاره، رواه محمد عنه وخالف فيه ابن زياد، وعنده: إما أن يتفقوا على التضمين أو السعاية، ولو اختلف المعتق والساكت في قيمة العبد إن كانت المدة من وقت الإعتاق قريبا، بحكم حال العبد، وإن كانت بعيدة فالقول للمعتق ولإنكاره الزيادة، فإن قال أحدهما: كان العتق الساعة، وقال الآخر: كان العتق من سنتين وكانت قيمته وقت الإعتاق ألفًا والآن خمسمائة بحكم الحال؛ لأن العتق حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات، وكذا إذا وقع الخلاف بين العبد والساكت، وكذا إذا وقع الاختلاف بين الساكت والمُعتِق في حال المُعتَق يوم الإعتاق في اليسار والإعسار إن كانت المدة قريبة يحكم الحال، وإن كانت بعيدة لا يحكم.

وفي المنتقى عن محمد: لو أعتقه من سنة ثم قال: أنا معسر يوم الإعتاق، وقال الساكت: كنت موسرًا يحكم الحال فكأنه جعل السَّنة قريبة، ولو صالحه على أكثر من قيمته بدراهم أو دنانير بغبن فاحش لا يجوز، وعلى عَرَض يجوز، ولو امتنع العبد من السعاية وله عمل معروف يؤجر ويؤخذ من أجرته وكذا المدبّر، ولو كان العبد صغيرًا يعقل، ورضي بذلك جاز وعليه وكان الأجر للساكت قصاصًا في حقه.

قوله: (**على صاحبه بالعتق**)؛ أي: الإعتاق.

قوله: (**في زعمه**)؛ أي: زعم كل واحد.

(**عنده**) أي: عند أبي حنيفة.

(**وحرم عليه**)؛ أي: على كل واحد منهما.

الِاستِرقَاقُ فَيصدُقُ فِي حَقِّ نَفسِهِ فَيُمنَعُ مِن استِرقَاقِهِ وَيَستَسعِيه، لِأَنَّا تَيَقَّنَّا بِحَقِّ الِاستِسعَاءِ كَاذِبًا كَانَ أَو صَادِقًا، لِأَنَّهُ مُكَاتَبُهُ أَو مَملُوكُهُ فَلِهَذَا يَستَسعِيَانِهِ، وَلَا يَختَلِفُ ذَلِكَ بِاليَسَارِ وَالإِعسَارِ، لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الحَالَينِ فِي أَحَدِ شَيئَينِ، لِأَنَّ يَسَارَ المُعتِقِ لَا يَمنَعُ السِّعَايَةَ عِندَهُ، وَقَد تَعَذَّرَ التَّضمِينُ لِإِنكَارِ الشَّرِيكِ فَتَعَيَّنَ الآخَرُ وَهُوَ السِّعَايَةُ، وَالوَلَاءُ لَهُمَا، لِأَنَّ كُلًّا مِنهُمَا يَقُولُ: عَتَقَ نَصِيبُ صَاحِبِي عَلَيهِ بِإِعتَاقِهِ وَوَلَاؤُهُ لَهُ، وَعَتَقَ نَصِيبِي بِالسِّعَايَةِ وَوَلَاؤُهُ لِي.

(وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِن كَانَا مُوسِرَينِ فَلَا سِعَايَةَ عَلَيهِ) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِد مِنهُمَا يَتَبَرأُ عَن سِعَايَتِهِ بِدَعوَى العَتَاقِ عَلَى صَاحِبِهِ، لِأَنَّ يَسَارَ المُعتِقِ يَمنَعُ السِّعَايَةَ عِندَهُمَا، إِلَّا أَنَّ الدَّعوَى لَم تَثبُت لِإِنكَارِ الآخَرِ وَالبَرَاءَةُ عَن السِّعَايَةِ قَد ثَبَتَت لِإِقرَارِهِ عَلَى نَفسِهِ (وَإِن كَانَا مُعسِرَينِ سَعَى لَهُمَا) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِد مِنهُمَا يَدَّعِي السِّعَايَةَ عَلَيهِ، صَادِقًا كَانَ أَو كَاذِبًا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ إِذ المُعتِقُ مُعسِرٌ (وَإِن كَانَ أَحَدُهُمَا مُوسِرًا وَالآخَرُ مُعسِرًا، سَعَى لِلمُوسِرِ مِنهُمَا) لِأَنَّهُ لَا يَدَّعِي الضَّمَانَ عَلَى صَاحِبِهِ لِإِعسَارِهِ، وَإِنَّمَا يَدَّعِي عَلَيهِ السِّعَايَةَ فَلَا يَتَبَرَّأُ عَنهُ (وَلَا يَسعَى لِلمُعسِرِ مِنهُمَا) لِأَنَّهُ يَدَّعِي الضَّمَانَ عَلَى صَاحِبِهِ لِيَسَارِهِ، فَيَكُونُ مُبَرِّئًا لِلعَبدِ عَن السِّعَايَةِ، وَالوَلَاءُ مَوقُوفٌ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ عِندَهُمَا، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِد مِنهُمَا يُحِيلُهُ عَلَى صَاحِبِهِ وَهُوَ يَتَبَرَّأُ عَنهُ، فَيَبقَى مَوقُوفًا إِلَى أَن يَتَّفِقَا عَلَى إِعتَاقِ أَحَدِهِمَا.

(وَلَو قَالَ أَحَدُ الشَّرِيكَينِ: إِن لَم يَدخُل فُلَانٌ هَذِهِ الدَّارَ غَدًا فَهُوَ حُرٌّ، وَقَالَ الآخَرُ: إِن دَخَلَ فَهُوَ حُرٌّ، فَمَضَى الغَدُ وَلَا يُدرَى أَدَخَلَ أَم لَا، عَتَقَ النِّصفُ وَسَعَى لَهُمَا

(الاسترقاق فيصدق) أي: كل واحد.

(لأنه) أي العبد (مكاتبه) أي: على تقدير الصدق (أو مملوكه) أو على تقدير الكذب فيكون كسبتم للمولى، والمراد من الاستسعاء أن يكون الكسب للمولى (في الحالين) أي: في حال اليسار والإعسار (في أحد شيئين) أي: التضمين والاستسعاء.

قوله: (على ما بيناه) وهو قوله: **(لأنا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبًا كان أو صادقًا).**

فِي النِّصفِ الآخَرِ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَسعَى فِي جَمِيعِ قِيمَتِهِ)(*) لِأَنَّ المُقضَى عَلَيهِ بِسُقُوطِ السِّعَايَةِ مَجهُولٌ، وَلَا يُمكِنُ القَضَاءُ عَلَى المَجهُولِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ لِغَيرِهِ: لَك عَلَى أَحَدِنَا أَلفُ دِرهَم، فَإِنَّهُ لَا يَقضِي بِشَيء لِلجَهَالَةِ، كَذَا هَذَا. وَلَهُمَا: أَنَّا تَيَقَّنَّا بِسُقُوطِ نِصفِ السِّعَايَةِ، لِأَنَّ أَحَدَهُمَا حَانِثٌ بِيَقِين، وَمَعَ التَّيَقُّنِ بِسُقُوطِ النِّصفِ كَيفَ يُقضَى بِوُجُوبِ الكُلِّ، وَالجَهَالَةُ تَرتَفِعُ بِالشُّيُوعِ وَالتَّوزِيعِ، كَمَا إِذَا

قوله: (يسعى في جميع قيمته)؛ أي: إذا كانا معسرين، ولو كان أحدهما موسرًا والآخر معسرًا سعى بنصف القيمة للموسر، ولو كانا موسرين لا يسعى لأحدهما، ذكره في جامع شمس الأئمة.

قوله: (لأن المقضي عليه بسقوط السعاية)، وفي بعض النسخ: (لسقوط حقه في السعاية حكم يثبت على المعتق حقيقة)، ونحن نعلم أن أحدهما حانث بعينه، وإذا كان عينا بطل التوزيع منافيًا له كذا في المبسوط[1].

قوله: (كيف يقضي بوجوب الكل)؛ لأنه يكون ظلما **(بالشيوع)**؛ أي بشيوع النصف الذي عتق وتوزيعه؛ لأن بالتوزيع يصير المقضي عليه المولیان ولا جهالة فيهما، ولا كذلك لولا القسمة والتوزيع؛ لأن المقضي عليه هناك أحدهما وأحدهما مجهول.

وقلنا: بالتوزيع وإن كان فيه إسقاط حق غير المعتق وإيجابه للمعتق، إلا أنه بطريق الضرورة؛ لأن القول يوجب كل السعاية كما قال محمد: إبطال حق العبد، وفي القول بالتوزيع إبطال حق غير المعتق من وجه؛ فكان التوزيع أولى من وجوب [٥٢٤/ب] كل السعاية؛ لأن فيه إبطال حق العبد من كل وجه.

وأما قوله: التعيين يمنع التوزيع فباطل بما ذكر في كتاب التحري: في عشرة رجال لكل واحد جارية، فأعتق أحدهم جاريته، ثم صار لا يدري الذي أعتق جاريته والمعتقة، ثم اجتمعن في ملك واحد منهم، ثم مات أنه يُحكم بعتقهن وتسعى كل واحدة في تسعة أعشار قيمتها، كذا في المبسوط[2].

(*) الراجح: قول الشيخين.

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ١١٨).

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ٢٠٤).

أَعتَقَ أَحَدَ عَبدَيهِ لَا بِعَينِهِ أَو بِعَينِهِ وَنَسِيَهُ وَمَاتَ قَبلَ التَّذَكُّرِ أَو البَيَانِ، وَيَتَأَتَّى التَّفرِيعُ فِيهِ عَلَى أَنَّ اليَسَارَ يَمنَعُ السِّعَايَةَ أَو لَا يَمنَعُهَا عَلَى الِاختِلَافِ الَّذِي سَبَقَ.

(وَلَو حَلَفَا عَلَى عِتْقِ عَبدَينِ، كُلٌّ وَاحِدٍ مِنهُمَا لِأَحَدِهِمَا بِعَينِهِ، لَم يَعتِق وَاحِدٌ مِنهُمَا) لِأَنَّ المَقضِيَّ عَلَيهِ بِالعِتقِ مَجهُولٌ، وَكَذَلِكَ المَقضِيُّ لَهُ، فَتَفَاحَشَتِ الجَهَالَةُ، فَامتَنَعَ القَضَاءُ، وَفِي العَبدِ الوَاحِدِ المَقضِيُّ لَهُ وَالمَقضِيُّ بِهِ مَعلُومٌ فَغَلَبَ المَعلُومُ المَجهُولَ.

قوله: (ومات قبل التذكر والبيان) فإن العتق يوزع عندنا، وقال الشافعي في قول: يقرع بينهما، وفي قول: الوارث يقام مقامه في البيان، وهو الأصح.

قوله: (على الاختلاف الذي...) وهو اليسار لا يمنع السعاية عند أبي حنيفة وعندهما، فحينئذ عنده يسعى للموليين في نصف قيمته موسرين كانا أو معسرين، أو أحدهما موسر والآخر معسر، وعند أبي يوسف: يسعى لهما إن كانا موسرين وإن كانا معسرين لا يسعى لواحد منهما لما مر، ولو كان أحدهما موسرًا؛ سعى في ربع القيمة للموسر، ولا يسعى للمعسر براءة من السعاية، وبقول شريكي أعتقه وهو موسر وفي تضمنه.

قوله: (ولو حلفا)؛ أي: علقا بالدخول وعدمه **(كل واحد منهما)** أي: من العبدين.

قوله: (لأن المقضي عليه بالعتق) وهو أحد الموليين **(مجهول وكذلك المقضي له)** وهو المعتَق **(مجهول)**، فتمكنت الجهالة في موضعين فترجح جانب الجهالة.

(المقضي له) أي بسقوط نصف السعاية وهو العبد معلوم؛ لأنه وجد، **(والمقضي به)** وهو نصف السعاية معلوم، والمجهول واحد وهو الحانث؛ فيرجح جانب العلم علي جانب الجهالة فيوزّع.

ثم في مسألة العبدين إذا اشتراهما رجل جاز، وإن كان عالمًا بحنث أحد البائعين؛ لأن كل واحد يزعم أنه يبيع العبد، وزَعْمُ المشتري قبل دخول العبد في ملكه غير معتبر كما لو أقر بحرية عبد ومولاه ينكر ثم اشتراه صح، وإذا صح الشراء واجتمعا في ملكه عتقا عليه أحدهما؛ لأن زعمه معتبر الآن؛ لحصولهما

(وَإِذَا اشتَرَى الرَّجُلَانِ ابنَ أَحَدِهِمَا، عَتَقَ نَصِيبُ، الأَبِ) لِأَنَّهُ مَلَكَ شِقصَ قَرِيبِهِ وَشِرَاؤُهُ إِعتَاقٌ عَلَى مَا مَرَّ (وَلَا ضَمَانَ عَلَيهِ) عَلِمَ الآخَرُ أَنَّهُ ابنُ شَرِيكِهِ أَو لَم يَعلَم (وَكَذَا إِذَا وَرِثَاهُ، وَالشَّرِيكُ بِالخِيَارِ: إِن شَاءَ أَعتَقَ نَصِيبَهُ وَإِن شَاءَ استَسعَى

في ملكه ويؤمر بالبيان؛ لأن المقضى عليه معلوم، وكذا لو أقر بإعتاق البائع ثم ملكه عتق عليه بإقراره، ولو قال: عبده حر إن لم يكن دخل فلان اليوم هذه الدار، ثم قال: امرأته طالق إن كان دخل اليوم؛ عتق وطلقت؛ لأن باليمين الأولى صار مقرًّا بوجود شرط الطلاق، وباليمين الثانية صار مقرًا بوجود شرط العتق.

وقيل: لم تطلق ولم تعتق؛ لأن أحدهما معلق بعدم الدخول والآخر بوجوده، وكل واحد من الشرطين دائر بين الوجود والعدم فلا يترك الجزاء بالشك.

وعن أبي يوسف؛ يعتق ولا تطلق؛ لأن باليمين الثانية صار مقرًّا بنزول العتق، ولم يوجد بعد الثانية ما يوجب إقراره بنزول الطلاق، كذا ذكره التمرتاشي وقاضي خان وصاحب الفوائد.

قوله: (عتق نصيب الأب)؛ أي: زال ملكه عند أبي حنيفة؛ لما أنه لا يثبت شيء من العتق عنده.

قوله: (وكذلك إذا وَرِثَاهُ) صورته امرأة اشترت ابن زوجها، ثم ماتت المرأة عن أخ زوج كان النصف؛ تعتق عليه، أو كان للرجلين ابن عم وله جارية فزوجها أحدهما فولدت ولدا ثم مات ابن العم فورث الولد زوجها وابن عم آخر له؛ عتق الولد على الأب، أو امرأة لها زوج وأب ولها غلام، وهو أبو زوجها؛ فماتت هذه المرأة صار الغلام ميراثا بين زوجها وأبيها.

أو رجل له جارية وابنها، ثم جاءت المأسورة بولد من المولى ثم مات المولى وترك هذا الابن وابنا من غير هذه الجارية؛ صار الغلام المأسور ميراثا لهما، أو اشترى جارية مع ولدها ثم ولدت منه؛ فمات المولى وتركه ميراثًا بين ولده منها وولد من غيرها.

العَبدَ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَالَا: فِي الشِّرَاءِ يَضمَنُ الأَبُ نِصفَ قِيمَتِهِ، إن كَانَ مُوسِرًا، وَإِن كَانَ مُعسِرًا، سَعَى الِابنُ فِي نِصفِ قِيمَتِهِ لِشَرِيكِ أَبِيهِ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إذَا مَلَكَاه، بِهِبَة أَو صَدَقَة أَو وَصِيَّة(*)، وَعَلَى هَذَا إذَا اشتَرَاهُ رَجُلَانِ وَأَحَدُهُمَا قَد حَلَفَ بِعِتقِهِ إن اشتَرَى نِصفَهُ.

لَهُمَا: أَنَّهُ أَبطَلَ نَصِيبَ صَاحِبِهِ بِالإِعتَاقِ، لِأَنَّ شِرَاءَ القَرِيبِ إعتَاقٌ، وَصَارَ هَذَا كَمَا إذَا كَانَ العَبدُ بَينَ أَجنَبِيَّينِ فَأَعتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ، وَلَهُ: أَنَّهُ رَضِيَ بِإِفسَادِ نَصِيبِهِ فَلَا يُضَمِّنُهُ، كَمَا إذَا أَذِنَ لَهُ بِإِعتَاقِ نَصِيبِهِ صَرِيحًا، وَدَلَالَةُ ذَلِكَ أَنَّهُ شَارَكَهُ فِيمَا هُوَ عِلَّةُ العِتقِ وَهُوَ الشِّرَاءُ، لِأَنَّ شِرَاءَ القَرِيبِ إعتَاقٌ حَتَّى يَخرُجَ بِهِ عَن عُهدَةِ الكَفَّارَةِ عِندَنَا، وَهَذَا ضَمَانُ إفسَاد فِي ظَاهِرِ قَولِهِمَا حَتَّى يَختَلِفَ بِاليَسَارِ وَالإِعسَارِ فَيَسقُطَ بِالرِّضَا، وَلَا يَختَلِفُ الجَوَابُ بَينَ العِلمِ وَعَدَمِهِ، ....

ثم لا خلاف بين أصحابنا في الإرث أنه لا يلزمه الضمان، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد في رواية، وقولهم: في غير الإرث كقولهما إلا أنهم لا يستسعونه، والأخ يعتق عند الشافعي على ما مر.

قوله: (قد حلف بعتقه إن اشترى نصفه) قيد بالنصف؛ لأنه لو حلف بعتقه ثم اشتراه لشريكه الآخر لا يعتق؛ لأن الشرط شراء كل العبد ولم يوجد.

قوله: (رضي بإفساد نصيبه)؛ لأنه شاركه في علة العتق، والحكم يضاف إلى علة العلة كما في سَوْقِ الدابة وقَوْدِها.

قوله: (أذن له بإعتاق نصيبه) صريحًا بأن قال: أعتق نصيبي [٥٢٥/أ].

(في ظاهر قولهما) احترز به عما روى أبو يوسف هذا ضمان تملك لما سقط الإذن كاستيلاد الجارية المشتركة بإذن الشريك، فإنه يضمن نصيبه؛ فعلم أنه ضمان إفساد لا ضمان تملك، وضمان الاستيلاد ضمان التملك؛ لأن الاستيلاد موضوع لطلب الولد لا للعتق حتى تحقق من غير عتق المنكوحة، فلا يمكن أن يجعل الواجب به ضمان عتق، وهو غير موضوع فجعلناه ضمان التمليك.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ عَنهُ، لِأَنَّ الحُكمَ يُدَارُ عَلَى السَّبَبِ، كَمَا إِذَا قَالَ لِغَيرِهِ: كُل هَذَا الطَّعَامَ وَهُوَ مَملُوكٌ لِلآمِرِ وَلَا يَعلَمُ الآمِرُ بِمِلكِهِ.

(وَإِن بَدَأَ الأَجنَبِيُّ فَاشتَرَى نِصفَهُ ثُمَّ اشتَرَى الأَبُ نِصفَهُ الآخَرَ وَهُوَ مُوسِرٌ فَالأَجنَبِيُّ بِالخِيَارِ: إِن شَاءَ ضَمَّنَ الأَبَ) لِأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِإِفسَادِ نَصِيبِهِ (وَإِن شَاءَ استَسعَى الِابنَ فِي نِصفِ قِيمَتِهِ) لِاحتِبَاسِ مَالِيَّتِهِ عِندَهُ، (وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) لِأَنَّ يَسَارَ المُعتِقِ لَا يَمنَعُ السِّعَايَةَ عِندَهُ. وَقَالَا: لَا خِيَارَ لَهُ وَيَضمَنُ الأَبُ نِصفَ

قوله: (وهو ظاهر الرواية عنه) عن أبي حنيفة، واحترز عن رواية الحسن عنه؛ أنه إذا لم يكن الشريك عالمًا يضمنه؛ لأن رضاه إنما يتحقق إذا علم بقرابة شريكه فإذا لم يعلم يضمنه.

وجه الظاهر أن يسقط مشاركته في **(السبب)**؛ أي العلة وذا لا يختلف بعلمه وجهله كما لو أطعم المغصوب من مالكه فتناوله، وهو لا يعلم أنه ملكه لا يكون له أن يضمن الغاصب شيئًا. كذا ذكره شمس الأئمة، وما ذكر من التنظير في الكتاب ذكره في مبسوطه[1] وكلاهما مستقيم.

قوله: (فاشترى نصفه) قيّد به؛ لأنه إذا اشترى نصيب أحد الشريكين منه؛ يضمن للساكت بالإجماع لعدم الرضا ودلالته.

وقوله: (والوجه قد ذكرناه)[2] إشارة إلى قوله: **(أنه أبطل)**[3]، وقوله: **(وله أنه رضي بإفساد نصيبه)**[4].

وفي الكافي: عندهما يضمن إذا كان موسرًا؛ لأن المعتق هو المشتري والبائع باشر شرطه؛ لأن تمليك البائع في حق المشتري شرط لتملكه؛ إذ به تأثير الإنجاب في إزالة ملك البائع لا في ثبوت الملك للمشتري.

قلنا: البيع علة لا تتم إلا بالإيجاب والقبول، والعلة الواحدة لا تحتمل التقسيم ليجعل حكمها منقسمًا؛ فيجعل بعضها علة، وبعضها شرطًا؛ بل الإيجاب والقبول علة واحدة للزوال والدخول، ثم الحكم ينقسم عليهما فيصير

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٣١).

(٢) انظر المتن ص ٧٤٢.

(٣) انظر المتن ص ٧٤٠.

(٤) انظر المتن ص ٧٤٠.

قِيمَتِهِ(*)، لِأَنَّ يَسَارَ المُعتِقِ يَمنَعُ السِّعَايَةَ عِندَهُمَا.

(وَمَن اشتَرَى نِصفَ ابنِهِ وَهُوَ مُوسِرٌ فَلَا ضَمَانَ عَلَيهِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَضمَنُ إذَا كَانَ مُوسِرًا) وَمَعنَاهُ: إذَا اشتَرَى نِصفَهُ مِمَّن يَملِكُ كُلَّهُ فَلَا يَضمَنُ لِبَائِعِهِ شَيئًا عِندَهُ، وَالوَجهُ قَد ذَكَرنَاهُ.

(وَإِذَا كَانَ العَبدُ بَينَ ثَلَاثَةِ نَفَرٍ فَدَبَّرَهُ أَحَدُهُم وَهُوَ مُوسِرٌ ثُمَّ أَعتَقَهُ الآخَرُ وَهُوَ مُوسِرٌ، فَأَرَادُوا الضَّمَانَ، فَلِلسَّاكِتِ أَن يُضَمِّنَ المُدَبِّرَ ثُلُثَ قِيمَتِهِ قِنًّا وَلَا يُضَمِّنَ المُعتِقَ، وَلِلمُدَبِّرِ أَن يُضَمِّنَ المُعتِقَ ثُلُثَ قِيمَتِهِ مُدَبَّرًا، وَلَا يُضَمِّنَهُ الثُّلُثَ الَّذِي ضَمِنَ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: العَبدُ كُلُّهُ لِلَّذِي دَبَّرَهُ أَوَّلَ مَرَّةٍ، وَيَضمَنُ ثُلُثَي قِيمَتِهِ لِشَرِيكَيهِ مُوسِرًا كَانَ أَو مُعسِرًا) وَأَصلُ هَذَا: أَنَّ التَّدبِيرَ يَتَجَزَّأُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، خِلَافًا لَهُمَا كَالإِعتَاقِ(**)، لِأَنَّهُ شُعبَةٌ مِن شُعَبِهِ فَيَكُونُ مُعتَبَرًا بِهِ، وَلَمَّا كَانَ مُتَجَزِّئًا عِندَهُ اقتَصَرَ عَلَى نَصِيبِهِ، وَقَد أَفسَدَ بِالتَّدبِيرِ نَصِيبَ الآخَرِينَ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا أَن يُدَبِّرَ نَصِيبَهُ أَو يُعتِقَ أَو يُكَاتِبَ أَو يُضَمِّنَ المُدَبِّرَ أَو يَستَسعِيَ العَبدَ أَو يَترُكَهُ عَلَى حَالِهِ، لِأَنَّ نَصِيبَهُ بَاقٍ عَلَى مِلكِهِ فَاسِدٌ ....

هذا مملكا وهذا وذا مُتَملّكًا.

قوله: (فأرادوا الضمان) هذا بطريق التغليب حيث ذكر بلفظ الجمع، والمعتق لا يريد الضمان؛ لتعذر الجمع بين كونه معتقًا وبين كونه مضمنًا، والمريد للضمان هو الساكت والمدبر.

قوله: (فلكل واحد منهما أن يدبر...) إلى آخره، فكان لكل واحد ستة خيارات كما ذكر في الكتاب.

وذكر قاضي خان؛ أن لكل واحد خمس خيارات، ولم يذكر قوله: **(أو يتركه على حاله)**. ثم قال: وقولنا له خمس خيارات؛ أي يصح منه هذه التصرفات؛ **(لأن نصيبه)**؛ أي نصيب كل واحد منهما باق على ملك كل واحد منهما .**(بإفساد شريكه)**؛ أي بإفساد شريك كل واحد منهما باق على ملك كل

(*) الراجح: قول أبي حنيفة. (**) الراجح: قول أبي حنيفة.

بِإِفسَادِ شَرِيكِهِ حَيثُ سَدَّ عَلَيهِ طُرُقَ الِانتِفَاعِ بِهِ بَيعا وَهِبَة عَلَى مَا مَرَّ، فَإِذَا اختَارَ أَحَدُهُمَا العِتقَ تَعَيَّنَ حَقُّهُ فِيهِ وَسَقَطَ اختِيَارُهُ غَيرَهُ، فَتَوَجَّهَ لِلسَّاكِتِ سَبَبُ ضَمَانِ تَدبِيرِ المُدَبَّرِ وَإِعتَاقِ هَذَا المُعتَقِ، غَيرَ أَنَّ لَهُ أَن يُضَمِّنَ المُدَبِّرَ لِيَكُونَ الضَّمَانُ ضَمَانَ مُعَاوَضَة، إِذ هُوَ الأَصلُ حَتَّى جُعِلَ الغَصبُ ضَمَانَ مُعَاوَضَة عَلَى أَصلِنَا، وَأَمكَنَ

واحد منهما، وهو المدبِّر حيث سد المدبِّر على كل واحد منهما **(طرق الانتفاع)** بذلك العبد **(بيعًا وهبة)**.

وقوله: (على ما مر) إشارة إلى **قوله: (هذا المعتق)** جار عليه **(بإفساد نصيبه)** حيث امتنع منه **(بيعًا وهبة)** إلى آخره.

(على أصلنا) احتراز عن قول الشافعي والغصب وإن كان عدوانًا في الابتداء جعلنا ضمان معاوضة جريًا على الأصل المعهود، وهو أن الأصل في الضمان معاوضة؛ رعاية للمعادلة والمماثلة من الجانبين الضامن والمضمون له، والدليل عليه أن لو غصب عبدًا وأبق من يده، وقضى القاضي على الغاصب بالقيمة ثم عاد العبد؛ فللغاصب أن يبيع العبد مرابحة على القيمة التي أداها، والمرابحة مخصوصة بالمعاوضات المحضة.

والمسألة في فتاوي قاضي خان: وكذا الأصل في ضمان المدبر ضمان معاوضة؛ بدليل إن من غصب مدبّرًا فاكتسب عنده كسبًا، ثم أبق فلم يرجع من إباقه حتى مات؛ كان ذلك الكسب للغاصب.

والمسألة في أصول شمس الأئمة: وإنما يكون الكسب له إذا كان المُدَبَّر ملكًا للغاصب عند أداء الضمان.

وقال الكشاني: الدليل على أن الغصب ضمان معاوضة مسألة المأذون، وهي أن إقراره بالغصب يصح أيضًا مع أن إقراره بضمان الإتلاف مؤخر إلى ما بعد العتق، وإذا كان الأصل في الضمانات ضمان معاوضة في الغصب مع أنه عدوان؛ ففي الإعتاق وهو مشروع أولى فلا يترك هذا الأصل إلى ضمان الجناية إلا لضرورة العجز، وحين دبر الأول كان نصيب الساكت محتملًا للتملك؛ فانعقد سبب الضمان موجبًا للملك في المضمون.

ذَلِكَ فِي التَّدبِيرِ لِكَونِهِ قَابِلا لِلنَّقلِ مِن مِلك إِلَى مِلك وَقتَ التَّدبِيرِ، وَلَا يُمكِنُ ذَلِكَ فِي الإِعتَاقِ، لِأَنَّهُ عِندَ ذَلِك مُكَاتَبٌ أَو حُرٌّ عَلَى اختِلَافِ الأَصلَينِ، وَلَا بُدَّ مِن رِضَا المَكَاتِبِ بِفَسخِهِ حَتَّى يَقبَلَ الانتِقَالَ فَلِهَذَا يَضمَنُ المُدَبِّرُ، ثُمَّ لِلمُدَبِّرِ أَن يُضَمِّنَ المُعتِقَ ثُلُثَ قِيمَتِهِ مُدَبَّرا، لِأَنَّهُ أَفسَدَ عَلَيهِ نَصِيبَهُ مُدَبَّرًا، وَالضَّمَانُ يَتَقَدَّرُ بِقِيمَةِ المُتلَفِ، وَقِيمَةُ المُدَبَّرِ ثُلُثَا قِيمَتِهِ قِنًّا عَلَى مَا قَالُوا.

ثم بعد التدبير لا يحتمل النقل إلى ملك غير المدبر، فلما أعتق الثاني لم ينعقد ذلك للضمان [٥٢٥/ب] بشرط ملك المضمون؛ لأن نصيب الساكت يوم أعتق لم يكن محلًّا له، فلو لزم على المعتق ضمان الساكت؛ لوجب من غير ملك المضمون فيصير خالص ضمان العدوان، وذلك باطل إلا عند الضرورة، ولا ضرورة ههنا لإمكان تضمين المدبر. **(لأنه عند ذلك)**؛ أي عند الإعتاق مدبر، وفي بعض النسخ: (مكاتب أو حر على اختلاف الأصلين فلا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال).

قال الإمام جلال الدين ابن المصنف رحمه الله: **قوله**: **(مُكَاتَبٌ أَوْ حُرٌّ عَلَى اخْتِلَافِ الأَصْلَيْنِ)**، غير مستقيم، وكذا **قوله**: **(لا بد من رضا المكاتب بفسخه)**؛ لأنه عند الإعتاق ليس بمكاتب ولا حر، وإنما يصير كذلك بعد الإعتاق، والمستسعي عند أبي حنيفة، وإن كان بمنزلة المكاتب، إلا أنه ينفسخ بالعجز ولا بالتفاسخ، وإنما الصحيح أن يقال؛ لأنه عند ذلك مدبر.

قوله: **(على ما قالوا)** إشارة إلى أن فيه خلافًا.

قال الإمام السغدي: ثلثا قيمة القن؛ لأن منفعة الوطء والسعاية باقية ومنفعة البيع زائلة، وقال بعض المشايخ: نصف قيمة القن؛ لأن قبل التدبير كان له فيه نوع منفعة البيع وما شاكله، ومنفعة الإجارة وما شاكلها، وقد زال أحدهما وهو البيع وبقي الآخر، وإليه مال الصدر الشهيد، وعليه الفتوى، وقال بعضهم: قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم مدة عمره من حيث الحزر والظن؟ وقيل: يسأل أهل الخبرة أن العلماء لو جوزوا بيعه بكم يشتري هذا المدبر؟ يجب ما قالوا.

وَلَا يُضَمِّنُهُ قِيمَةَ مَا مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ مِن جِهَةِ السَّاكِتِ، لِأَنَّ مِلكَهُ يَثبُتُ مُستَنِدًا وَهُوَ ثَابِتٌ مِن وَجه دُونَ وَجه، فَلَا يَظهَرُ فِي حَقِّ التَّضمِينِ.

وقيل: يقوم فائت المنافع التي تفوت بالتدبر، وإليه أشار محمد في بعض الكتب، ولم ينقل من المتقدمين في معرفة قيمة المكاتب شيء.

وأشار محمد في جنايات الجامع؛ أن قيمتة أقل من قيمة القن ولم يبين مقداره.

وقيل: ينبغي أن يكون النصف، الكل من الذخيرة. وقيمة أم الولد؛ ثلث قيمة القن؛ لأن البيع والاستسعاء قد التقيا ملك الإعتاق.

وفي الذخيرة قال بعض المشايخ: ينظر بكم تستخدم مدة عمرها.

وقيل: يسأل أهل الخبرة أن العلماء لو جوزوا بيعها بكم تُشتَرى فيجب ذلك المقدار، وقيمة المكاتب نصف القن؛ لأن المكاتب حرٌّ يدا، وبقية الرقبة؛ فكان نصف القن.

قوله: (ولا يضمنه)؛ أي: ولا يضمن المدبر المعتق **(قيمة ما ملكه بالضمان)** بوجهين:

أحدهما: أنه (ملك يثبت مسندًا...) إلى آخره.

والثاني: أنه لما انتقل نصيب الساكت إلى المدبر قيام المدبر قيام الساكت في ذلك الثلث، والساكت كان لا يملك تضمين المعتق فكذا من قام مقامه، وللمدبّر أن يستسعي العبد في ذلك الثلث؛ لأن الساكت لا يملك الاستسعاء فكذا من قام مقامَهُ.

قوله: (ثابت من وجه) من حيث إنه لم يكن حاله التدبير، فإذا كان كذلك لم يظهر في حق الثالث بالتضمين؛ لما عرف أن الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها، وتوضيحه أن المُعتِق لو كان ضامنًا بصنعه وهو الإعتاق، وضمّنه المدبر نصيبه ثم أعتقه الثاني كان للمدبّر أن يُضمِّن المعتِق ثلثي قيمته مدبرًا وثلثه قنًا؛ لأن الإعتاق وجد بعد تملك المدبر نصيب الساكت، فله تضمين كل ثلث نصيبه، ذكره التمرتاشي.

وَالوَلَاءُ بَينَ المُعتِقِ وَالمُدَبِّرِ أَثلَاثًا ثُلُثَاهُ لِلمُدَبِّرِ وَالثُّلُثُ لِلمُعتِقِ، لِأَنَّ العَبدَ عَتَقَ عَلَى مِلكِهِمَا عَلَى هَذَا المِقدَارِ.

فإن قيل: على **قوله: (ثابت من وجه دون [وجه]**[١] يشكل بما إذا أعتق أحد الشريكين وهو موسر يؤدي المعتق الضمان، ثم يرجع على العبد بما ضمن للساكت مع أن العبد ثالثهما.

قلنا: المعتق بأداء الضمان قام مقام الشريك، وللشريك ولاية الاستسعاء فكذا من قام مقامه، أما المدبّر قام مقام الساكت بأداء الضمان، وليس للساكت تضمين المعتق فكذا من قام مقامه.

وقيل: يرد عليه ما لو هلك المدبر في يد غاصب الغاصب، وضمنه الغاصب حيث يرجع على الثاني، وإن كان ملكه ثبت مستندًا.

أجيب أن الغاصب قام مقام المالك في ضمان الحيلولة، وللمالك أن يُضَمِّن غاصب الغاصب؛ فكذا من قام مقامة.

قوله: (وَالوَلَاءُ بَيْنَ المُعْتِقِ وَالمُدَبِّرِ) أي: غصبه المدبر والمعتق؛ لأنه إنما يعتق إذا مات المدبر ذكره قاضي خان.

قوله: (على هذا المقدار) فإن المدبر [٥٢٦/أ] ملك ثلثيه؛ ثلثه ملكه وثلثه بالتضمين.

فإن قيل: أداء الضمان لو كان مبيِّنًا ملك نصيب الآخر، فالمعتق أيضًا أدى الضمان إلى المدبر ثلث قيمته مدبرًا؛ فينبغي أن يثبت له الولاء بهذا الطريق أيضًا.

قلنا: ضمان المعتق ضمان إتلاف وإفساد، ولا ضمان معارضة لما ذكرنا أن المدبر غير قابل للنقل، فلم يملك المعتق شيئًا بمقابلة أدائه الضمان، وأما المدبر فقد ملك نصيب الساكت بأداء الضمان مستندًا إلى وقت التدبير؛ لأنه كان في ذلك قابلًا للنقل؛ فصار كأنه مدبر ثلثيه من الابتداء بطريق الاستناد؛ فثبت له ثلثا الولاء، إليه أشار التمرتاشي.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

وَإِذَا لَم يَكُن التَّدبِيرُ مُتَجَزِّئًا عِندَهُمَا صَارَ كُلُّهُ مُدَبَّرًا لِلمُدَبِّرِ، وَقَد أَفسَدَ نَصِيبَ شَرِيكِهِ لِمَا بَيَّنَّا فَيَضمَنُهُ، وَلَا يَختَلِفُ بِاليَسَارِ وَالإِعسَارِ، لِأَنَّهُ ضَمَانُ تَمَلُّك فَأَشبَهَ الِاستِيلَادَ، بِخِلَافِ الإِعتَاقِ، لِأَنَّهُ ضَمَانُ جِنَايَة، وَالوَلَاءُ كُلُّهُ لِلمُدَبِّرِ وَهَذَا ظَاهِرٌ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَت جَارِيَةٌ بَينَ رَجُلَينِ زَعَمَ أَحَدُهُمَا أَنَّهَا أُمُّ وَلَدٍ لِصَاحِبِهِ، وَأَنكَرَ ذَلِكَ الآخَرُ، فَهِيَ مَوقُوفَةٌ يَومًا، ....

وفي الزيادات: مُكاتَب بين اثنين أعتقه أحدهما؛ عتق نصيبه ونصيب شريكه على حاله كما كان ولا ضمان عليه ولا سعاية إلا عند عجزه عند أبي حنيفة؛ لأن الكتابة تتجزئ عنده. وعندهما عتق كله والولاء له بخلاف المدبر؛ لأنه لا ينتقل من ملك إلى ملك ولا ينفسخ بحال؛ فكان المانع قائمًا فلا يكمل، والكتابة قابلة للفسخ فيكمل الإعتاق، وكذا لو دبره أحدهما يتقيد في نصيبه، ويبقى نصيب الآخر مكاتبًا من غير ضمان ولا سعاية عند أبي حنيفة؛ لأن نصيب الآخر على حاله عنده.

قوله: (**وإذا لم يكن التدبير متجزئًا عندهما...**) إلى آخره يعني ما ذكرنا كله إلى ههنا قول أبي حنيفة.

(**لأنه**) أي: لأن (**ضمان**) التدبير ضمان تملك؛ لأنه يملك كسبه وخدمته (**فلا يختلف باليسار والإعسار**) كضمان الاستيلاد، كذا ذكره التمرتاشي.

(**بخلاف الإعتاق**) أي ضمان الإعتاق؛ لأنه ضمان جناية لا يختلف باليسار والإعسار؛ كما لو أتلف مال الغير يجب وعليه ضمانه معسرًا كان أو موسرًا.

قلنا: ضمان الجناية يختلف باليسار والإعسار إذا كان بطريق الصلة، والإعتاق ضمان صلة كضمان نفقة الأقارب، والمراد من هذه الضمانات؛ هو الضمان التي يتعلق بباب الإعتاق يختلف فحكمه باليسار والإعسار بالنص وقد ذكرناه.

قوله: (**وهذا ظاهر**)؛ لأنه بالتدبير يتملك نصيب شريكه المُعتِق والساكت، والإعتاق لغو.

قوله: (**فهي موقوفة يومًا**)؛ أي: يرفع عنها الخدمة يومًا.

وَيَومًا تَخدُمُ المُنكِرَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: إن شَاءَ المُنكِرُ استَسعَى الجَارِيَةَ فِي نِصفِ قِيمَتِهَا ثُمَّ تَكُونُ حُرَّة لَا سَبِيلَ عَلَيهَا)(*) لَهُمَا: أَنَّهُ لَمَّا لَم يُصَدِّقهُ صَاحِبُهُ انقَلَبَ إِقرَارُ المُقِرِّ عَلَيهِ كَأَنَّهُ استَولَدَهَا، فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّ المُشتَرِي عَلَى البَائِعِ أَنَّهُ أَعتَقَ المَبِيعَ قَبلَ البَيعِ، يُجعَلُ كَأَنَّهُ أَعتَقَ، كَذَا هَذَا فَتَمتَنِعُ الخِدمَةُ وَنَصِيبُ المُنكِرِ عَلَى مِلكِهِ فِي الحُكمِ، فَتَخرُجُ إِلَى العَتَاقِ بِالسِّعَايَةِ كَأُمِّ وَلَدِ النَّصرَانِيِّ إِذَا أَسلَمَت.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: أَنَّ المُقِرَّ لَو صَدَقَ كَانَت الخِدمَةُ، كُلُّهَا لِلمُنكِرِ، وَلَو كَذَبَ

قوله: (لا سبيل عليها)؛ أي: بالاستسعاء، واختلف المشايخ في الخدمة للمنكر هل يخدم يومًا للمنكر عندهما؟، والصحيح؛ أنه لا يخدم.

قوله: (انقلب إقرار المقر عليه)؛ أي على المقر **(كأنه أعتقه)**؛ أي كأن المشتري أعتق.

وفي جامع قاضي خان: ولا يمكنه تضمين؛ لأن المقر ما أقر على نفسه بالاستيلاد، وسبب الضمان بقاء ملك المنكر محتبسا عند الجارية، ومنفعة الاحتباس تعود إليها، وكان ولاية الاستسعاء، وإذا أدت نصف القيمة؛ عتق نصفها فتعتق كلها؛ لأنه لا تتجزئ عندهما. وليس للمقر أن يستسعي الجارية؛ لأنه يدعي التملك على الشريك بالاستيلاد وهو ينكر، فلم يكن الاستسعاء له لتبرئه عنه، وليس له ولاية الاستخدام أيضًا؛ لأنها أم ولد الغير في زعمه.

قوله: (كأم ولد النصراني إذا أسلمت) تخرج إلى العتق بالسعاية؛ لتعذر إبقائها في ملك المولى ويده بعد إسلامها، وإصراره على الكفر؛ فتخرج إلى العتق بالسعاية.

قوله: (ولأبي حنيفة رحمه الله) إلى آخره، الخدمة للمنكر ثابتة يومًا بيقين؛ لأن المقر إن صدق كان الخدمة كلها للمنكر، وإن كذب كان نصفها له فأثبتنا المتيقن وطرحنا المشكوك؛ فكان له أن يستخدمها يومًا، وتكون موقوفة يومًا؛ لأن كل واحد منهما يقر بأنه لا حق له في استخدامها في ذلك اليوم.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

كَانَ لَهُ نِصفُ الخِدمَةِ فَيَثبُتُ مَا هُوَ المُتَيَقَّنُ بِهِ وَهُوَ النِّصفُ، وَلَا خِدمَةَ لِلشَّرِيكِ الشَّاهِدِ وَلَا استِسعَاءَ، لِأَنَّهُ يَتَبَرَّأُ عَن جَمِيعِ ذَلِكَ بِدَعوَى الِاستِيلَادِ وَالضَّمَانِ، وَالإِقرَارُ بِأُمُومِيَّةِ الوَلَدِ يَتَضَمَّنُ الإِقرَارَ بِالنَّسَبِ، وَهُوَ أَمرٌ لَازِمٌ لَا يَرتَدُّ بِالرَّدِّ، فَلَا يُمكِنُ أَن يُجعَلَ المُقِرُّ كَالمُستَولِدِ.

(وَإِن كَانَت أُمُّ وَلَد بَينَهُمَا فَأَعتَقَهَا أَحَدُهُمَا وَهُوَ مُوسِرٌ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيهِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَضمَنُ نِصفَ قِيمَتِهَا)(*) لِأَنَّ مَالِيَّةَ أُمِّ الوَلَدِ غَيرُ مُتَقَوِّمَةٍ عِندَهُ وَمُتَقَوِّمَةٌ عِندَهُمَا، وَعَلَى هَذَا الأَصلِ تُبتَنَى عِدَّةٌ مِن المَسَائِلِ أَورَدنَاهَا فِي كِفَايَةِ المُنتَهَى.

وقوله: (**والإقرار بأمومية الولد**...) إلى آخره، جواب عن قولهما: (أن صاحبه إذا أنكر انقلب على المقر)، فقال في جوابه: (**الإقرار بأمومية الولد يتضمن الإقرار بالنسب**)، (**وهو**)؛ أي: ثبوت النسب (**أمر لازم لا يرتد بالرد**) حتى لو أقر بنسب صغير لرجل وكذبه المقر له، ثم أقر المقر بنسب الصغير لنفسه لا يصح؛ لما أن النسب لا يرتد بالرد.

قوله: (**وإن كانت أم ولد بينهما**) بأن ولدت جارية بينهما ولدًا فادّعياه.

قوله: (**ومتقومة عندهما**) وهو قول سائر الفقهاء غير أبي حنيفة.

قوله: (**عدة مسائل**) منها إذا مات أحدهما لا تسعى للآخر عنده، وعندهما تسعى.

ومنها: [٥٢٦/ب] إنها ولدت بعد ذلك فادعاه أحدهما ثبت نسبة منه وعتق، ولا يضمن من قيمته شيئًا لشريكه عنده، وعندهما يضمن لشريكه نصف قيمته إن كان موسرًا، ويسعى الولد في النصف إن كان معسرًا.

ومنها: لو غصبها غاصب فماتت في يده لا يضمنها عنده، ويضمنها عندهما.

وذكر في الرقيات: يضمن عنده بالغصب كما يضمن الصبي الحر، حتى لو

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

وَجهُ قَولِهِمَا: أَنَّهَا مُنتَفَعٌ بِهَا وَطئًا وَإِجَارَة وَاستِخدَامًا، وَهَذَا هُوَ دَلَالَةُ التَّقَوُّم، وَبِامتِنَاعِ بَيعِهَا لَا يَسقُطُ تَقَوُّمُهَا كَمَا فِي المُدَبَّرِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ أُمَّ وَلَدِ النَّصرَانِيِّ إِذَا أَسلَمَت عَلَيهَا السِّعَايَةُ، وَهَذَا آيَةُ التَّقَوُّمِ.

غَيرَ أَنَّ قِيمَتَهَا ثُلُثُ قِيمَتِهَا قِنَّة عَلَى مَا قَالُوا، لِفَوَاتِ مَنفَعَةِ البَيعِ وَالسِّعَايَةِ بَعدَ المَوتِ، بِخِلَافِ المُدَبَّرِ، لِأَنَّ الفَائِتَ مَنفَعَةُ البَيعِ، أَمَّا السِّعَايَةُ وَالِاستِخدَامُ بَاقِيَانِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ ﵀: أَنَّ التَّقَوُّمَ بِالإِحرَازِ، وَهِيَ مُحرَزَةٌ لِلنَّسَبِ لَا لِلتَّقَوُّمِ، وَالإِحرَازُ لِلتَّقَوُّمِ

قربها إلى مسبعة فافترسها سبع يضمن؛ لأنه ضمان جناية لا ضمان غصب، ويضمن بالقتل بالاتفاق؛ لأنه ضمان جناية.

ومنها: أنه لو باعها وسلمها وماتت في يد المشتري لم يضمن عنده، وعندهما يضمن.

ومنها: أن الأمة الحبلى بيعت فولدت لأقل من ستة أشهر، ثم ماتت الأم عند المشتري فادعى البائع الولد صح، وعليه أن يرد جميع الثمن عنده، وعندهما يحتبس ما يخصها من الثمن، كذا في الفوائد الظهيرية.

(وجه قولهما) والجمهور: **(أنها)** مملوكة **(منتفع بها وطئا وإجارة واستخدامًا)**، ويكون كسبها له، ولو قال: كل مملوك لي حرٌّ عتقت، ويتعلق بموت المولى .**(بامتناع بيعها لا يسقط تقوُّمها)** كما في المدبر والأبق، إلا أنه امتنع سعايتها للغرماء والورثة بعد موت المولى لكونها مصروفة إلى حاجتها؛ كيلا يضيع نسبه وماؤه بخلاف التدبير.

(وهذا) أي: حل الوطء والإجارة والاستخدام **(دلالة التقوّم)**؛ لأن هذه الأفعال لا تكون إلا بملك اليمين فيها لعدم العقد، ولا يتأتى بين حق الحرية والتقوم **(أن أم ولد النصراني إذا أسلمت)**، وكذا المغرور إذا كانت الأمة أم ولد، فإن المغرور يضمن قيمة الولد عندنا، كذا ذكره قاضي خان والإمام ظهير الدين.

قوله: (التقوّم بالإحراز)، ألا ترى أن الصيد قبل الإحراز لا يكون مالًا متقوّمًا؟، والآدمي في الأصل ليس بمال، ويصير مالًا بإحرازه على قصد التمول، ويثبت ملك المتعة تبعًا؛ فإذا حصَّنها واستولدها ظهر أن إحرازه لها،

تَابِعٌ، وَلِهَذَا لَا تَسعَى لِغَرِيم وَلَا لِوَارِث بِخِلَافِ المُدَبَّرِ، وَهَذَا لِأَنَّ السَّبَبَ فِيهَا مُتَحَقِّقٌ فِي الحَالِ، وَهُوَ الجُزئِيَّةُ الثَّابِتَةُ بِوَاسِطَةِ الوَلَدِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي حُرمَةِ المُصَاهَرَةِ، إِلَّا أَنَّهُ لَم يُظهِر عَمَلَهُ فِي حَقِّ المِلكِ ضَرُورَةَ الِانتِفَاعِ، فَعَمِلَ السَّبَبُ فِي إِسقَاطِ التَّقَوُّمِ، وَفِي المُدَبَّرِ يَنعَقِدُ السَّبَبُ بَعدَ المَوتِ، وَامتِنَاعُ البَيعِ فِيهِ لِتَحقِيقِ مَقصُودِهِ فَافتَرَقَا ....

كان لملك المتعة، لا لقصد التمول فصار في صفة المالية كأن الإحراز لم يوجد أصلًا؛ فلا يكون مالًا متقوّمًا، وملك المتعة ينفك عن ملك المالية، فللزوج على زوجته ملك المتعة، دون ملك المالية، كذا في المبسوط(١).

وفي الكافي: أصله قوله عليه السلام: «**أعتقَها وَلَدُها**»(٢)، وقضيته الحرية وزوال التقوم، ولكن تقاعد عن إفادة الحرية إجماعًا، ولا إجماع في زوال التقوم فيثبت.

قوله: **(وهو)**؛ أي: السبب للحرية **(والجزئية الثابتة)** بواسطة الولد، إلى هذا أشار عمر رضي الله عنه في حرمة بيعهن، فقال: تبيعهن، وقد اختلطت لحومهن بلحومكم، ودمائهن بدمائكم .**(لم يظهر عمله)**؛ أي: عمل السبب **(في حق الملك)** ولم يعتق حقيقة **(ضرورة الانتفاع)** بالإجماع؛ إذ قصده أن يكون فراشه إلى وقت موته .**(وفي المدبر ينعقد)**؛ أي **(سبب)** الحرية **(بعد الموت)** لما أنه كالمعلق بالموت فيلزم عليه حينئذ عدم جواز بيعه شبهة.

فأجاب عنه بقوله: **(وامتناع البيع لتحقق مقصوده)** من التدبير أن يبقى على ملكه إلى أن تموت وتعتق بعده.

وفي الكافي: ما ذكر صاحب الكتاب ههنا يناقض ما ذكره في باب التدبير سبب الحرية، ولا وجه لصحته إلا أن يؤوّل بأن الأصل أن ينعقد السبب بعد الموت؛ إذ التعليقات ليست بأسباب في الحال، وإنما تصير أسبابًا عند الشرط،

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٧/ ١٦٠).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٤١ رقم ٢٥١٦)، والدارقطني (٥/ ٢٣٢ رقم ٤٢٣٥)، والحاكم (٢/ ١٩ رقم ٢١٩١) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

قال الدارقطني: تفرد بحديث ابن أبي حسين زياد بن أيوب، وزياد ثقة، وصححه الحاكم، وضعفه البوصيري في مصباح الزجاجة (٨٩٧).

وَفِي أُمِّ وَلَدِ النَّصرَانِيِّ قَضَينَا بِتَكَاتُبِهَا عَلَيهِ دَفعًا لِلضَّرَرِ عَن الجَانِبَين، وَبَدَلُ الكِتَابَةِ لَا يَفتَقِرُ وُجُوبُهُ إِلَى التَّقَوُّمِ.

بَابُ عِتْقِ أَحَدِ العَبْدَيْنِ

وإنما قضينا بانعقاد التدبير سببا في الحال ضرورة نفقه، ذكره في باب التدبير؛ فظهر أثر انعقاده في حرمة البيع خاصة، لا في سقوط التقوم؛ بل في حق سقوط التقوم بقي على الأصل واللفظ ينبو عنه.

قوله: (وفي أم ولد النصراني...) إلى آخره جواب عما قاسوا عليها. **(قضينا)** أي حكمنا بكتابتها **(دفعاً للضرر عن الجانبينِ)**؛ لأن في إبقائها على ملك المولى بعد إسلامها وإصراره على الكفر ضررًا في حقها، وإبطال حق النصراني مجانا لا يجوز؛ لأن النصراني يعتقد تقوّم أم ولدها وجواز بيعها.

والحكم في حقهم يبتني على اعتقادهم كما في مالية الخمر؛ فلما كانت هي في معنى المكاتبة كان ما أدته في معنى بدل الكتابة، وبدل الكتابة لا يقتضي أن يكون ما يقابله متقوّمًا؛ لأن بدل الكتابة بمقابلة ما ليس بمتقوم؛ لأن ما يقابله فك الحج وفك الحجر غير متقوم؛ لأنه إسقاط؛ لأنه يأخذ مال نفسه في الحقيقة فلا يحتاج إلى تقوم المكاتبة.

وفي المبسوط[1]: [٥٢٧/أ] ولأن ملك النصراني محترم فيها وإن لم يكن مالًا متقومًا، وقد احتبس عندها لمعنًى من جهتها فيكون مضمونًا عليها عند الاحتباس، وإن لم يكن مالًا متقومًا كالقصاص فإنه ليس بمال متقوم، فإذا احتبس نصيب أحد الشريكين بعفو الآخر عند القاتل؛ يلزمه بدله. وقيل: **(بدل الكتابة لا يفتقر وجوبه إلى تقويم)**.

باب عتق أحد العبدين

ناسب البابان من حيث إن في كل واحد منهما حق بعض المملوك، غير أن في الأول بعض مملوك وهو واحد، وفي هذا ببعض مملوك وهو اثنان أو أكثر؛ فقدم الأول لتقدم الواحد على الاثنين.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ١٦٨).

(وَمَن كَانَ لَهُ ثَلَاثَةُ أَعبُد دَخَلَ عَلَيهِ اثنَانِ فَقَالَ: أَحَدُكُمَا حُرٌّ، ثُمَّ خَرَجَ وَاحِدٌ وَدَخَلَ آخَرُ فَقَالَ: أَحَدُكُمَا ....

قوله: (ومن كان له ثلاثة أعبد) إلى آخره، فالمسألة على ثلاثة أوجه:

أحدها: إن بين العتق، والثاني: أنه مات قبل البيان، والثالث: أنه مات العبد قبل البيان، فالمولى يؤمر بالبيان ما دام حيًّا؛ لأن الإبهام منه، فإذا عنى بالكلام الأول الثابت عتق الثابت، وبطل الكلام الثاني؛ لأنه بقي دائر بين الحر والعبد؛ فصار حرًّا فلا يستحق به العتق.

فإن قيل: العتق المبهم معلق بشرط البيان، ولهذا كان للبيان حكم الإنشاء؛ فلا يصير جامعًا بين الحر والعبد؛ فينبغي أن لا يبطل الإيجاب الثاني.

قلنا: العتق المبهم، وإن كان معلقًا بشرط البيان لكن البيان إنشاء من وجه، إظهار من وجه؛ لأن **(أحدكما)** لا يتناول المعين، وبعد البيان يصير واقعًا في المعين؛ فيصير البيان إنشاء من هذا الوجه، ومن حيث إنه يجبر على البيان إذا خاصمه العبد، ولا يجبر على إنشاء العتق كان إظهار؛ فلا يعتق به الداخل، وإن كان إنشاء لا يكون الكلام الثاني جبرًا؛ فلا يعتق الداخل بالشك، فإن بدأ بالكلام الثاني وقال: عنيت به الداخل عتق الداخل ويؤمر ببيان الكلام الأول.

فإن قال: عنيت الكلام الثاني الثابت عتق الثابت بالكلام الثاني، وتعين الخارج بالكلام الأول ولا يبطل الإيجاب الأول؛ لأن حال وجوب الإيجاب الأول كانا رقيقين؛ لأن العتق على الثابت إنما يقع بالإيجاب الثاني بعد وجود الإيجاب الأول بخلاف المسألة الأولى، وإن قال: عنيت بالكلام الثاني الداخل عتق الداخل، ويؤمر ببيان فإن لم يبين المولى شيئًا ومات أحدهم فالموت بيان أيضًا، فإن مات الخارج تعين الثابت بالإيجاب الأول لزوال المزاحم وبطل الإيجاب الثاني وإن مات الثابت تعين الخارج بالإيجاب الأول والداخل بالإيجاب الثاني؛ لأن الثابت يزاحمها ولم يبق.

وإن مات الداخل خُيِّرَ في الإيجاب الأول، فإن عنى به الخارج تعين للثابت بالإيجاب الثاني وإن عنى به الثابت بطل الإيجاب الثاني؛ لما مر، فإن لم يمت واحد منهم، ولكن مات المولى قبل البيان؛ شاع العتق بينهم على

حُرٌّ ثُمَّ مَاتَ وَلَم يُبَيِّن عَتَقَ مَن الَّذِي أُعِيدَ عَلَيهِ القَولُ ثَلَاثَةُ أربَاعِهِ، وَنِصفُ كُلِّ وَاحِد مِن الآخَرِينِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: كَذَلِكَ إِلَّا فِي العَبدِ الآخَرِ فَإِنَّهُ يَعتِقُ رُبُعُهُ)(*) أَمَّا الخَارِجُ فَلِأَنَّ الإِيجَابَ الأَوَّلَ دَائِرٌ بَينَهُ وَبَينَ الثَّابِتِ، وَهُوَ الَّذِي أُعِيدَ عَلَيهِ القَولُ، فَأَوجَبَ عِتقَ رَقَبَة بَينَهُمَا لِاستِوَائِهِمَا فَيُصِيبُ كُلًّا مِنهُمَا

اعتبار الأحوال عندنا، وعند الشافعي يقرع بينهم في قول، وفي الأصح: يقوم الوارث مقامه في البيان وقد مر.

والأصل في اعتبار الأحوال في حالة الاشتباه ما روى أنه عليه السلام بعث أناسًا إلى بني خثعم للقتال، فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض أصحاب النبي عليه السلام، فلما بلغ ذلك إلى رسول الله ﷺ قضى عليه السلام بنصف العقل(١) باعتبار الأحوال، وذلك السجود منهم يحتمل: أن يكون لله تعالى فكان إسلامًا فيجب بقتلهم جميع الدية، ويحتمل أن يكون لا لله تعالى؛ لكن تعظيمًا يقيه من القتل على ما عليه دأبهم في السجود تعظيمًا لعظمائهم؛ صونًا عن شرهم في اعتبار هذه الحالة لا تجب الدية، فلما وجبت من وجه ولم تجب من وجه؛ وجب النصف.

وعلى هذا مسائل أصحابنا، وإنما لم يعتبر الأحوال أبو حنيفة في الخنثى المشكل حيث أعطاه أقل النصيبين؛ لأن اعتبار الأحوال في صورة الاشتباه بصفة الدوام والاستمرار، وفي الخنثى لا يتحقق الاشتباه بصفة الاستمرار؛ لأنه لا بد أن يظهر لها لحية أو ثدي عند البلوغ، كذا في الفوائد الظهيرية.

قوله: (أُعِيدَ عَلَيْهِ القَوْلُ)، والمراد من القول قوله: **(أحدكما حر) (والذي أعيد عليه ذلك القول)**.

(*) **الراجح: قول أبي حنيفة وأبي يوسف.**

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٤٨ رقم ٢٦٤٥)، والترمذي (٣/ ٢٠٧ رقم ١٦٠٤)، والنسائي (٨/ ٣٦ رقم ٤٧٨٠) من حديث جرير بن عبد الله ﷺ.

وصحح الترمذي إرساله عن قيس بن أبي حازم، وقال: وأكثر أصحاب إسماعيل قالوا: عن قيس بن أبي حازم: أن رسول الله ﷺ بعث سرية، ولم يذكروا فيه: (عن جرير). ورواه حماد بن سلمة، عن الحجاج بن أرطاة، عن إسماعيل بن أبي خالد، عن قيس، عن جرير مثل حديث أبي معاوية. وسمعت محمدًا يقول: الصحيح حديث قيس، عن النبي ﷺ مرسل.

النِّصفُ، غيرَ أنَّ الثَّابِتَ استَفَادَ بِالإِيجَابِ الثَّانِي رُبُعًا آخَرَ، لِأَنَّ الثَّانِيَ دَائِرٌ بَينَهُ وَبَينَ الدَّاخِلِ، وَهُوَ الَّذِي سَمَّاهُ فِي الكِتَابِ آخِرًا فَيَتَنَصَّفُ بَينَهُمَا، غَيرَ أَنَّ الثَّابِتَ استَحَقَّ نِصفَ الحُرِّيَّةِ بِالإِيجَابِ الأَوَّلِ، فَشَاعَ النِّصفُ المُستَحَقُّ بِالثَّانِي فِي نِصفَيهِ، فَمَا أَصَابَ المُستَحِقَّ بِالأَوَّلِ لَغَا، وَمَا أَصَابَ الفَارِغَ بَقِيَ، فَيَكُونُ لَهُ الرُّبُعُ فَتَمَّت لَهُ ثَلَاثَةُ الأَربَاعِ، وَلِأَنَّهُ لَو أُرِيدَ هُوَ بِالثَّانِي يَعتِقُ نِصفُهُ، وَلَو أُرِيدَ بِهِ الدَّاخِلُ لَا يَعتِقُ هَذَا النِّصفُ فَيَنتَصِفُ فَيَعتِقُ مِنهُ الرُّبُعُ بِالثَّانِي وَالنِّصفُ بِالأَوَّلِ، وَأَمَّا الدَّاخِلُ: فَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ يَقُولُ: لَمَّا دَارَ الإِيجَابُ الثَّانِي بَينَهُ وَبَينَ الثَّابِتِ ....

(**ربعاً الآخر**)؛ أي: الداخل.

(**فيكون له**)؛ أي للثابت، (**ولو أريد به**)؛ أي بالإيجاب [٥٢٧/ب] الثاني.

قوله: (**فيتنصف فيعتق منه**) الربع.

فإن قيل: يجب أن يتعين النصف الفارغ تصحيحًا للتصرف كما في مسألة الصرف وغيره.

قلنا: إنما يكون كذلك أن لو ثبت قصدًا، أما إذا ثبت ضمنًا فلا.

قوله: (**فمحمد** رحمه الله **يقول...**) إلى آخره، لمحمد سوى ما ذكر في الكتاب في أن الداخل يستحق الربع هو أن (**الإيجاب الثاني**) صحيح في حال دون حال؛ لأنه لو أراد بالكلام الأول الخارج صح الكلام الثاني، وإن أراد بالكلام الأول الثابت كان الكلام الثاني خبرًا غير موجب للحكم فكان الثاني صحيحًا في حال دون حال، ولو صح مطلقًا يعتق رقبة بينهما فيعتق من كل واحد منهما بالكلام الثاني ربعه، ولهذا يعتق في الثابت بالكلام الثاني ربعه.

والدليل عليه مسألة ذكرها في الزيادات: رجل له ثلاث نسوة لم يدخل بهن فقال لثنتين منهن: أحدكما طالق فخرجت واحدة ودخلت الثانية، فقال: أحدكما طالق ثم مات قبل البيان؛ يسقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثانية ثلاثة أثمانه، ومن مهر الداخلة ثمنه، والثمن من الصداق بمنزلة الربع من العتاق؛ لأن ذلك الثمن هو ربع النصف الساقط؛ فثبت أن حظ الداخلة الربع دون النصف

وَقَد أَصَابَ الثَّابِتَ مِنهُ الرُّبُعُ فَكَذَلِكَ يُصِيبُ الدَّاخِلَ، وَهُمَا يَقُولَانِ: إِنَّهُ دَائِرٌ بَينَهُمَا، وَقَضِيَّتُهُ التَّنصِيفُ وَإِنَّمَا نَزَلَ إِلَى الرُّبُعِ فِي حَقِّ الثَّابِتِ لِاستِحقَاقِهِ النِّصفَ بِالإِيجَابِ الأَوَّلِ كَمَا ذَكَرنَا، وَلَا استِحقَاقَ لِلدَّاخِلِ مِن قَبلُ فَيَثبُتُ فِيهِ النِّصفُ. قَالَ: (فَإِن كَانَ القَولُ مِنهُ فِي المَرَضِ ....

وجوابهما عن مسألة الزيادات.

قيل: ذلك قول محمد، وأما على قولهما فللداخلة أرباع المهر، ولئن كان قول الكل؛ فالفرق لهما أن الكلام الأول يعتبر تعليقًا في حكم الداخل في حق حكم يقبل التعليق، ووقوع العتق يحتمل التعليق، أما البراءة عن المهر لا تحتمله فيعتبر تنجيزا في حق هذا الحكم، وإذا اعتبر تنجيزًا كان الكلام الثاني متردّدًا فأوجب سقوط ربع المهر؛ لأنه لو كان صحيحًا من كُلِّ وجه يوجب نصف المهر، فإذا كان مترددًا يوجب الربع؛ لأنه يوجب براءة النصف إذا كان المراد بالإيجاب الأول الخارجة، ولا يوجب براءة شيء إذا كان المراد بالأول الثانية، فأوجب براءة ربع المهرين الثابتة والخارجة.

والفرق الثاني أن الإيجاب الثاني صحيح في حق الثابت والداخل من كل وجه، أما في حق الداخل، فلا شك وكذا في حق الثابت، أما على قول أبي حنيفة فظاهر؛ لأن الثابت فيه عتق بعضه لا كله ومعتق البعض محل الإعتاق فصح اللفظ الثاني على كل حال، بخلاف الطلاق فإنه لا يتجزى.

وأما على قول أبي يوسف فالإعتاق، وإن كان لا يتجزئ لكن الثابت دار بين أن يكون حرًّا، وبين أن يكون عبدًا؛ فكان كالمكاتب، والمكاتب محل للعتق بخلاف الطلاق؛ لأنه ثمة ليس بين أن تكون المرأة طالقًا وغير طالق حالة ثالثة.

وقيل: قول أبي يوسف خطأ؛ لأن عنده الإعتاق لا يتجزئ كقول محمد، وقيل: الصحيح عنده أن الكتابة حالة ثالثة ذكر ذلك في مسائل الزيادات التي وضعها محمد علَى غير ترتيب الزيادات.

قوله: (فإن كان القول منه)؛ أي من المولى **(في المرض)** ومات إن خرجوا

قُسِمَ الثُّلُثُ عَلَى هَذَا) وَشَرحُ ذَلِكَ أَن يُجمَعَ بَينَ سِهَامِ العِتقِ وَهِيَ سَبعَةٌ عَلَى قَولِهِمَا، لِأَنَّا نَجعَلُ كُلَّ رَقَبَة عَلَى أَربَعَة لِحَاجَتِنَا إِلَى ثَلَاثَةِ الأَربَاعِ فَنَقُولُ: يَعتِقُ مِن الثَّابِتِ ثَلَاثَةُ أَسهُم وَمِن الآخَرِينِ مِن كُلِّ وَاحِد مِنهُمَا سَهمَانِ فَيَبلُغُ سِهَامُ العِتقِ سَبعَة، وَالعِتقُ فِي مَرَضِ المَوتِ وَصِيَّةٌ وَمَحَلُّ نَفَاذِهَا الثُّلُث، فَلَا بُدَّ أَن يُجعَلَ سِهَامُ الوَرَثَةِ ضِعفَ ذَلِك فَيُجعَلَ كُلُّ رَقَبَة عَلَى سَبعَة، وَجَمِيعُ المَالِ أَحَدٌ وَعِشرُونَ فَيَعتِقُ مِن الثَّابِتِ ثَلَاثَةٌ وَيَسعَى فِي أَربَعَة وَيَعتِقُ مِن البَاقِيَينِ مِن كُلٍّ مِنهُمَا سَهمَانِ وَيَسعَى فِي خَمسَة، فَإِذَا تَأَمَّلت وَجَمَعت استَقَامَ الثُّلُثُ وَالثُّلُثَانِ.

وَعِندَ مُحَمَّد رحمه الله: يُجعَلُ كُلُّ رَقَبَة عَلَى سِتَّة، لِأَنَّهُ يَعتِقُ مِن الدَّاخِلِ عِندَهُ سَهمٌ فَنَقَصَت سِهَامُ العِتقِ بِسَهم، وَصَارَ جَمِيعُ المَالِ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ، وَبَاقِي التَّخرِيجِ مَا مَرَّ.

(وَلَو كَانَ هَذَا فِي الطَّلَاقِ وَهُنَّ غَيرُ مَدخُولَات وَمَاتَ الزَّوجُ قَبلَ البَيَانِ، سَقَطَ مِن مَهرِ الخَارِجَةِ رُبُعُهُ، وَمِن مَهرِ الثَّابِتَةِ ثَلَاثَةُ أَثمَانِهِ، وَمِن مَهرِ الدَّاخِلَةِ ثُمُنُهُ) قِيلَ: هَذَا قَولُ مُحَمَّد رحمه الله خَاصَّة، وَعِندَهُمَا: يَسقُطُ رُبُعُهُ، وَقِيلَ: هُوَ قَولُهُمَا أَيضًا، وَقَد ذَكَرنَا الفَرقَ وَتَمَامَ تَفرِيعَاتِهَا فِي الزِّيَادَاتِ.

من الثلث، فكذا الجواب، وإن لم يكن له مال آخر لم تُجزِ الورثة.

قوله: (وتمام تفريعاتها في الزيادات) أي شرح المصنف للزيادات والآخر في شرحه للجامع الصغير.

فإن قيل: في هذا المجموع سؤال يرد على قول أبي يوسف ومحمد وهو أنه كيف يتصور تجزئة العتق بالنصف وغيره عندهما، وإعتاق البعض عندهما إعتاق للكل؛ لما أن العتق لا يتجزئ عندهما، فينبغي أن يعتق كل واحد ولا يسعى في شيء يخرجون من الثلث أولًا؟.

قلنا: لا يتجزئ الإعتاق عندهما إذا صادف محلًا معلومًا، أما إذا كان الإعتاق ثبوته نظر التوزيع والانقسام باعتبار الأحوال فلا؛ لأن ثبوته حينئذ نظر الضرورة ولا يمكن ترجيح أحدهما على الآخر، والثابت بالضرورة لا يعدو موضعه كذا في جامع التمرتاشي وقاضي خان والفوائد الظهيرية.

(وَمَن قَالَ لِعَبدَيهِ: أَحَدُكُمَا حُرٌّ، فَبَاعَ أَحَدَهُمَا، أَو مَاتَ أَو قَالَ لَهُ: أَنتَ حُرٌّ بَعدَ مَوتِي عَتَقَ الآخَرُ) لِأَنَّهُ لَم يَبقَ مَحَلًّا لِلعِتقِ أَصلًا بِالمَوتِ ....

قوله: (فباع) وكذا لو وهبه لآخر **(أو مات)**، وكذا لو قتل، **(أو قال: أنت حرٌّ بعد موتي)** أو دبَّره، وكذا لو أعتقه.

وفي الإيضاح: لو أعتق أحدهما بعد قوله: **(أحدكما حرّ)**، وقال: أردت به ذلك العتق، فالقول له إنشاء؛ فكذا يصلح بيانًا [٥٢٨/أ] ثم أعتق أحد العبدين منهما جائز عندنا، ويؤمر بالبيان ما دام حيًا، وهو قول الشافعي ومالك في رواية. وعند أحمد لا يعتق إلا بالقرعة، ولا يصح بيانه إلا أن يقول: كنت نويته عند التلفظ به. وعند الظاهرية لا يعتق أصلًا، ثم البيان حقيقي كالصريح، وحكمي كما ذكرنا.

قوله: (لم يبق محلًّا للعتق أصلًا بالموت).

فإن قيل: يشكل بما لو قال لأمتيه: إحداهما ابنتي أو أم ولدي، وماتت إحداهما لم تتعين الحرية والاستيلاد في الحية ذكره التمرتاشي.

قلنا: ليس هو إيقاعًا بصيغته بل إخباره، ويجوز أن نخبره بهذا عن الحي والميت فيرجع إلى بيان المولى، فإن الإنشاء لا يصح إلا في الحي، وفي مسألتنا إنما يتعين الآخر بعد الموت؛ لأن البيان إنشاء من وجه إظهار من وجه فيصبح البيان في محل يحتمل الإنشاء، والميت لا يحتمل الإنشاء فتعين الآخر للعتق، كذا في الإيضاح والفوائد الظهيرية.

فإن قيل: يشكل على مسألة الموت ما إذا اشترى أحد العبدين، وسمي لكل واحد ثمنا وشرط الخيار لنفسه، ثم مات أحدهما تعين البيع في الهالك ذكره في المبسوط[١] والإيضاح، وههنا يتعين العتق في القائم لا الهالك، فكما أن إنشاء العتق يقتضي الحياة كذلك إنشاء البيع والاختيار فيه يقتضي الحياة أيضا.

قلنا: قال علي القمّي: وفي الحقيقة لا فرق بينهما؛ لأن الهالك يهلك على

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٥٥).

وَلِلعِتقِ مِن جِهَتِهِ بِالبَيعِ وَلِلعِتقِ مِن كُلِّ وَجه بِالتَّدبِيرِ فَتَعَيَّنَ لَهُ الآخَرُ، وَلِأَنَّهُ بِالبَيعِ قَصَدَ الوُصُولَ إِلَى الثَّمَنِ وَبِالتَّدبِيرِ إِبقَاءَ الِانتِفَاعِ إِلَى مَوتِهِ، وَالمَقصُودَانِ يُنَافِيَانِ العِتقَ المُلتَزَمَ فَتَعَيَّنَ لَهُ الآخَرُ دَلَالَة، وَكَذَا إِذَا استَولَدَ إِحدَاهُمَا لِلمَعنَيَينِ، وَلَا فَرقَ بَينَ البَيعِ الصَّحِيحِ وَالفَاسِدِ مَعَ القَبضِ وَبِدُونِهِ وَالمُطلَقِ وَبِشَرطِ الخِيَارِ لِأَحَدِ المُتَعَاقِدَينِ لِإِطلَاقِ جَوَابِ الكِتَابِ وَالمَعنَى مَا قُلنَا، وَالعَرضُ عَلَى البَيعِ مُلحَقٌ بِهِ فِي المَحفُوظِ عَن أَبِي يُوسُفَ، وَالهِبَةُ وَالتَّسلِيمُ وَالصَّدَقَةُ وَالتَّسلِيمُ بِمَنزِلَةِ البَيعِ لِأَنَّهُ تَملِيكٌ.

ملكه في الفصلين، والأصح أن يقول هناك: حين أشرف أحدهما على الهلاك تعين البيع فيه؛ لأنه تعذر عليه رده كما قبض قائمًا تعين للبيع وهو حيّ لا ميت، وههنا لو تعين العتق فيه تعيّن بعد الموت؛ لأنه بالإشراف على الهلاك لا يخرج عن أن يكون محلًّا للعتق، وبعد الموت ليس بمحل للعتق فتعين القائم ضرورة، كذا في المبسوط[1].

قوله: (وللعتق من كل وجه بالتدبير) يعني بالتدبير يستحق العتق مضافًا فيكون فيه ناقصًا، ولهذا لو أعتق المدبر عن كفارته لا يصح، والعتق الذي قصده بقوله: **(أحدكما حرّ)**[2] عتق كامل؛ فلا يكون محلًّا للعتق الكامل.

قوله: (والمقصودان) هذا وهو وصول إلى الثمن وإبقاء الانتفاع **(ينافيان العتق)**؛ إذ بالعتق لا يبقى كلاهما، **(وكذا إذا استولد إحداهما)** بأن وطئها وعلقت منه فمن ضرورة صحة أمومية الولد تعيين الآخر **(للمعنيين)**، وهو استحقاق العتق وبه لا يبقى محلًّا للعتق كما في التدبير، وإبقاء الانتفاع وهو مناف للعتق المنجّز.

قوله: (أو بدونه)؛ أي بدون القبض في البيع الفاسد؛ لما أن انتفاء العتق عنه ما كان من ضرورة ثبوت الحكم.

قوله: (لأنه تمليك)؛ بل لدلالة تصرف يختص بالملك، ولهذا لو ساوم أحدهما تعين الآخر للعتق، والسوم أدون من العقد الفاسد، وكذا لو علق

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٨٥).

(٢) انظر المتن ص ٧٥٨.

(وَكَذَلِكَ لَو قَالَ لِامرَأَتَيهِ: إحدَاكُمَا طَالِقٌ، ثُمَّ مَاتَت إحدَاهُمَا) لِمَا قُلنَا، وَكَذَلِكَ لَو وَطِئَ إحدَاهُمَا لِمَا نُبَيِّنُ (وَلَو قَالَ لِأَمَتَيهِ: إحدَاكُمَا حُرَّةٌ، ثُمَّ جَامَعَ

أحدهما بالشرط تعيّن الآخر؛ لأنه ذكر فيه ما يدل على انعدام العتق فيه؛ إذ المعلق عدم للحاجة له.

وعن محمد: لو كان التعليق سابقًا على العتق المجهول فعتق بوجود الشرط تعين الآخر؛ لأنه فات المحل فصار كما لو مات.

وعن محمد في الإملاء: إذا وهب أحدهما وأقبض أو تصدق وأقبض عتق الآخر، وإنما ذكر الإقباض على سبيل التأكيد لا الشرط؛ لأنه ذُكر في المبسوط(1) والمحيط وغيرهما: أن التباين باعتبار دلالة تصرف يختص الملك إلى آخره.

وفي الغزنوي: لو باعهما صفقة لا يجوز البيع فيهما؛ لأنها جمع بين حرٍّ وعبد فدل على نزوله في أحدهما، ولو وهبهما أو تصدق بهما أو تزوج يجوز ويجبر على البيان؛ لأن الضم كإدخال الشرط الفاسد، وهذه العقود لا تبطل بالشرط الفاسد، ولو مات قبل البيان؛ بطلت العقود بشيوع الحرية فيهما إلا التزوج.

ولو قال أحدهما: أم ولدي أو بنتي، وماتت إحداهما لم تتعين الأخرى للحرية؛ لأن هذا إخبار وهو مستقيم في الحي والميت، ولو قتلهما خطأ تجب قيمة ودية ولو قتلهما رجلان يجب قيمتهما، ولو قطع إنسان أيديهما يجب إرثهما دون الدية؛ لأن القطع لا يمنع البيان.

وفي الوصية لو رهن الجارية الموصَى بها أو عرضها على البيع يكون رجوعًا، ولو كاتبها أو وطئها لم يكن رجوعًا ذكره في الفتاوي.

وفي المحيط: في خيار الشرط عرض المشتري عن البيع يبطل خياره وكذا عرض [٥٢٨/ب] البائع في رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة، وفي رواية الحسن عنه؛ لا كالاستخدام.

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٦/ ٩٧).

إحدَاهُمَا لَم تَعتِق الأُخرَى عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ. وَقَالَا: تَعتِقُ(*) لِأَنَّ الوَطءَ لَا يَحِلُّ إِلَّا فِي المِلكِ وَإِحدَاهُمَا حُرَّةٌ فَكَانَ بِالوَطءِ مُستَبقِيًا المِلكَ فِي المَوطُوءَةِ فَتَعَيَّنَت الأُخرَى لِزَوَالِهِ بِالعِتقِ كَمَا فِي الطَّلَاقِ. وَلَهُ: أَنَّ المِلكَ قَائِمٌ فِي المَوطُوءَةِ، لِأَنَّ الإِيقَاعَ فِي المُنَكَّرَةِ وَهِيَ مُعَيَّنَةٌ، فَكَانَ وَطؤُهَا حَلَالًا فَلَا يُجعَلُ بَيَانًا، وَلِهَذَا حَلَّ وَطؤُهُمَا عَلَى مَذهَبِهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُفتَى بِهِ، ثُمَّ يُقَالُ العِتقُ غَيرُ نَازِل قَبلَ البَيَانِ ....

قوله: (لم تعتق الأخرى عند أبي حنيفة)، وبه قال أحمد، ولو قال: إحداكن حرة فجامع إحداهما، **(وقالا)** أي: أبو يوسف ومحمد-: تعتق، وبه قال الشافعي ومالك في رواية كما في الطلاق، وفيه الإنفاق.

وفي النوادر: لو قال لمدخولتيه: إحداكما طالق، ثم وطئ إحداهما تقع على الأخرى؛ لأن الرجعي لا يحرم الوطء، بخلاف الثلاث والواحدة البائنة ذكره في القنية.

وفي الزيادات: البيان في الطلاق المبهم لا يثبت بمقدمات الدخول، وذكر الكرخي: يحصل بالتقبيل كما يحصل بالوطء، وبه قال مالك في العتق المبهم، أما لو قال لامرأتيه: إحداكما طالق طلقتا، عنده، والفرق بينهما عسر.

(وإحداهما حرة)؛ أي بيقين، ولهذا لو قتلهما إنسان تجب دية وقيمة كما ذكرنا .**(وله)** أي: لأبي حنيفة **(أن الملك قائم في الموطوءة)** وإن وجد الوطء فيهما جميعًا؛ **(لأن الإيقاع في المنكرة)** وكل واحد منهما معرفة فلا يقع العتق فيها قبل البيان، ولهذا لو وطئتا بشبهة كان الواجب عقر مملوكين، وكان ذلك كله للمولى، وإنما يملك البدل بملك الأصل فعلم أن الملك قائم، وعن هذا قالوا: لو لم يكن استيفاء بدله بيانًا لم يكن استيفاءَ أصلِهِ بيانًا لم يكن، وكذا لو قطعت يد أحدهما وأخذ المولى بدله لم يكن بيانًا، لم يكن استيفاءَ أصلِهِ بيانًا، وكذا لو قطعت يد إحداهما وأخذ المولى بدله، لم يكن بيانًا لما أن قطع يد أحدهما لا يكون بيانًا؛ فكذا أخذ بدله.

قوله: (وَلِهَذَا حَلَّ وَطْؤُهُمَا)؛ أي وطء الأمَتَينِ، وحلُّ الوطء ينبني على

(*) الراجح: قول الصاحبين.

لِتَعَلُّقِهِ بِهِ، أَو يُقَالُ نَازِلٌ فِي الْمُنَكَّرَةِ فَيَظهَرُ فِي حَقِّ حُكمِ تَقَبُّلِهِ، وَالوَطءُ يُصَادِفُ الْمُعَيَّنَةَ، بِخِلَافِ الطَّلَاقِ؛ ....

ملك المتعة، والعتق محله ملك الرقبة فلم يتحد المحل فلا تتحقق المنافاة بين حل الوطء وبين العتق؛ لأن من شرط المنافاة اتحاد محل الحكم، فإذا امتنع البيان من هذا الوجه؛ لم يبق إلا وجه آخر وهو إثبات الضرورة ولا ضرورة؛ لأن حل الوطء يتصور ثبوته مع العتق، وحد الضرورة ما لا يقبل الفصل عنه بحال محل الوطء، ينفصل عن ملك الرقبة وجودًا وعدمًا؛ أما وجودًا ففي المنكوحة الحرة، وأما عدمًا ففي أمته المجوسية؛ فلما كان كذلك لم ينتف ملك المتعة عند انتفاء ملك الرقبة.

فإن قيل: أفي مسألتنا من ضرورة انتفاء ملك المتعة انتفاء ملك الرقبة؛ إذ ملك المتعة ثابت بسبب ملك الرقبة؟.

قلنا: ما كان طريقه الضرورة تعتبر فيه الجملة لا الأحوال، كما لو اشترى لحمًا فأخبره عدل أنه ذبيحة مجوسي يحرم عليه تناوله، وسبب الحل ههنا ملك العين، ولما كان حل التناول يثبت في الطعام في الجملة من غير ملكه؛ نظر إلى الجملة دون الأحوال، فقيل: لا يحل تناوله ولا يبطل ملكه حتى لا يرجع على البائع بالثمن نظر إلى الانفصال كما في ملك الخمر كذا في المبسوط[1] والإيضاح.

قوله: (لتعلقه به)؛ أي: العتق بالبيان، فصار كالعتق المعلق بالشرط. **(نازل)** قبل الشرط؛ بل التزام في الذمة فهذا لو سُجِنا فأوقع العتق على أحدهما كان أرشهما للمولى، فهذا بيان ما ذكر من حل وطئهما؛ لأن الحل كان ثابتًا ولم ينزل إلا بنزول العتق ولم ينزل.

(فيظهر)؛ أي: العتق النازل **(في المنكرة فيظهر في حق حكم تقبله)** وهو البيان والبيع، فإنه لو اشترى أحد العبدين على أنه بالخيار فيهما صح البيع، والوطء يصادف المعيّنة؛ لأنه فعل حسي فلا يقع في غير المعين؛ فكان في حق الوطء غير نازل فلم يكن بيانًا، وهذا الفرق بين الطلاق والعتاق. **(بخلاف**

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٨٧).

لِأَنَّ المَقصُودَ الأَصلِيَّ مِن النِّكَاحِ الوَلَدُ، وَقَصدُ الوَلَدِ بِالوَطءِ يَدُلُّ عَلَى استِبقَاءِ المِلكِ فِي المَوطُوءَةِ صِيَانَةً لِلوَلَدِ، أَمَّا الأَمَةُ فَالمَقصُودُ مِن وَطئِهَا قَضَاءُ الشَّهوَةِ دُونَ

الطلاق) فإن بوطيء إحداهما أتى بما هو المُعَظم من المقاصد في اليمين، والوطء في ملك اليمين ليس من المقاصد.

ألا ترى أنه يجوز شراء المجوسية وشراء من تحرم عليه برضاع أو صهرية؛ بل هو من باب الاستخدام **(قضاء الشهوة)**، ولهذا لو أوصى بجارية ثم وطئها لا يكون رجوعًا، فلو كان استيفاء الملك لكان رجوعًا ولهذا لو جاءت الأمة بولد بحمل الوطء لا يلزمه بدون الدعوى، إليه أشير في الفوائد الظهيرية.

وفي المبسوط[١]: لو علقت الأمة الموطوءة منه تعينت الأخرى للحرية ووطئهما جميعًا مملوكه؛ لأن الوطء بملك اليمين بمنزلة الاستخدام، ولا نقول: هو في الذمة كما توهمه بعض أصحابنا؛ لأنه ما أوجبه في الذمة بدليل إنه يجبر على البيان[٥٢٩/أ]، وما كان في الذمة لا يجبر عليه كما قال: لله عليَّ أن أعتق أحد هذين العبدين، وإنما لا يفتى له بحل وطئها؛ لأن النكرة التي أوجبت فيها العتق لا تعدوهما، والحل والحرمة مبنيان على الاحتياط، وفي الفتوى بحل وطئهما ترك الاحتياط التي فيها.

فإن قيل: يشكل وعلى أن وطء الأمة من باب الاستخدام، وليس ببيان بما لو استخدم المبيع ما اطلع على العيب لا يمنعه من الرد بالعيب، ولو وطء المبيعة قبل الاطلاع على العيب أو بعده لا يرده بالعيب، وبما لو وطء المبيعة بالخيار للبائع في مدة الخيار يكون فاسخًا للعيب، أو باع إحدى الأمتين سمَّى لكل واحدة منهما ثمنًا، وشرط الخيار لنفسه ثم وطئ أحدهما، فليس له أن يعيّن البيع فيها بعد ذلك، ولو كان المشتري بالخيار فوطئ أحدهما تعين البيع فيها؛ لإثبات صفة الحل فيها فما وجه الفرق؟

قلنا: في المسألة الأولى يأتي الفرق في باب خيار العيب إن شاء الله تعالى، وأما في مسألة البيع بشرط الخيار لو لم يجعله فاسخًا للبيع بالوطء؛ لكان إذا

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٧/ ٨٦).

الوَلَدِ، فَلَا يَدُلُّ عَلَى الِاستِبقَاءِ (وَمَن قَالَ لِأَمَتِهِ: إن كَانَ أَوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِينَهُ غُلَامًا فَأَنتِ حُرَّةٌ، فَوَلَدَت غُلَامًا وَجَارِيَةً، وَلَا يَدرِي أَيَّهمَا وُلِدَ أَوَّلًا، عَتَقَ نِصفُ الأُمِّ، وَنِصفُ الجَارِيَةِ، وَالغُلَامُ عَبدٌ) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَة مِنهُمَا تَعتِقُ فِي حَالٍ، وَهُوَ مَا إذَا وَلَدَت الغُلَامَ أَوَّلَ مَرَّة الأُمُّ بِشَرطٍ وَالجَارِيَةُ لِكَونِهَا تَبَعا لَهَا، إذ الأُمُّ حُرَّةٌ حِينَ وَلَدَتها، وَتَرِقُّ فِي حَال وَهُوَ مَا إذَا وَلَدَت الجَارِيَةَ أَوَّلًا لِعَدَمِ الشَّرطِ فَيَعتِقُ نِصفُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنهُمَا وَتَسعَى فِي النِّصفِ، أَمَّا الغُلَامُ يَرِقُّ فِي الحَالَينِ فَلِهَذَا يَكُونُ عَبدًا، وَإِن

جاز البيع يملكها المشتري من وقت العقد حتى لو وطئت بشبهة في مدة الخيار؛ ثم أجيز البيع كان الأرش للمشتري؛ فتبين به أن البائع كان وطئها في غير ملكه فلهذا جعلناه بيانا.

وههنا لو عين العتق في الموطوءة لا يتبين انعدام ملكه فيها سابقًا على الوطء بدليل أنها وطئت بشبهة يكون الأرش سالمًا للمولى، وإن عين العتق فيها مع أن فسخ البيع هنا يحصل بالجناية، وههنا يحصل بالجناية، وههنا لا يحصل بجنايته على إحداهما البيان فكذلك بالوطء.

وكذا في بيع إحدى الأمتين، أما إذا كان الخيار للمشتري فإنه لا يملك أحدهما إلا بعد تعيين البيع فيها، وأما إذا كان الخيار للبائع؛ فلأنه لو عين البيع فيها بعد الوطء ثبت الملك للمشتري من وقت البيع؛ فتبين أنه وطئها في غير ملكه؛ فللتحرز عن هذا تعين البيع في الأخرى ضرورة بخلاف ما نحن فيه؛ إذ بالتعيين لا يتبين انعدام ملكه فيها سابقًا على ما ذكرنا، كذا في المبسوط[1].

قوله: (عتق نصف الأم ونصف الجارية)، في المبسوط[2]: ذكر محمد في الكيسانيات: هذا الجواب الذي ذكر ليس جواب هذا الفصل؛ بل في هذا الفصل لا نحكم بعتق واحد منهم، ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت الغلام أو لا؛ فإن نكل فنكوله كإقراره وإن حلف كلهم أرقاء، وأما جواب الكتاب ففي فصل آخر، وهو ما إذا قال لأمته: إذا كان أول ولد تلدينه غلامًا فأنت حرة، وإن كان جارية فهي حرة فولدتهما جميعًا، (ولا ندري الأول

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٨٦). (٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ١٣١).

ادَّعَت الأُمُّ أَنَّ الغُلَامَ هُوَ المَولُودُ أَوَّلًا وَأَنكَرَ المَولَى وَالجَارِيَةُ صَغِيرَةٌ، فَالقَولُ قَولُهُ مَعَ اليَمِينِ لِإِنكَارِهِ شَرطَ العِتقِ، فَإِذَا حَلَفَ يَعتِقُ وَاحِدٌ مِنهُم، وَإِن نَكَلَ عَتَقَت الأُمُّ وَالجَارِيَةُ؛ لِأَنَّ دَعوَى الأُمِّ حُرِّيَّةَ الصَّغِيرَةِ مُعتَبَرَةٌ لِكَونِهَا نَفعاً مَحضًا، فَاعتُبِرَ النُّكُولُ فِي حَقِّ حُرِّيَّتِهِمَا فَعَتَقَتَا، وَلَو كَانَت الجَارِيَةُ كَبِيرَةً وَلَم تَدَّعِ شَيئًا وَالمَسأَلَةُ بِحَالِهَا عَتَقَت الأُمُّ بِنُكُولِ المَولَى خَاصَّة دُونَ الجَارِيَةِ؛ لِأَنَّ دَعوَى الأُمِّ غَيرُ مُعتَبَرَة فِي حَقِّ الجَارِيَةِ الكَبِيرَةِ، وَصِحَّةُ النُّكُولِ تُبتَنَى عَلَى الدَّعوَى فَلَم يَظهَر فِي حَقِّ الجَارِيَةِ، وَلَو كَانَت الجَارِيَةُ الكَبِيرَةُ هِيَ المُدَّعِيَةُ لِسَبقِ وِلَادَةِ الغُلَامِ وَالأُمُّ سَاكِتَةٌ، يَثبُتُ عِتقُ الجَارِيَةِ بِنُكُولِ المَولَى دُونَ الأُمِّ لِمَا قُلنَا، وَالتَّحلِيفُ عَلَى العِلمِ فِيمَا ذَكَرنَا، لِأَنَّهُ استِحلَافٌ عَلَى فِعلِ الغَيرِ، ....

فالغلام رقيق، والابنة حرة ويعتق نصف الأم)؛ لأنها إن ولدت الغلام أولًا فهي حرة، والغلام رقيق، وإن ولدت الجارية أولًا فهي حرة والغلام والأم رقيقان، فالأم تعتق في حال دون حال؛ فيعتق نصفها والغلام عبد بيقين، والجارية حرة بيقين إما بعتق نفسها أو بعتق الأم.

قال صاحب النهاية: هو الصحيح لما أن الشرط الذي لم يتيقن في وجودها، وهو ما إذا في طرف واحد كان القول لمنكر وجوده، كما لو قال لعبده: إن دخلتَ الدار غدًا فأنتَ حرٌّ فمضى الغد، ولا يدري دخل أم لا؛ لا يعتق لوقوع الشك في شرط العتق؛، فكذلك ههنا وقع الشك في وجود شرط العتق، وهو ولادة للغلام أولا، وأما إذا كان الشرط المذكور في طرفي الوجود والعدم، كان أحدهما موجودًا لا محالة، فحينئذ يحتاج إلى اعتبار الأحوال كما في مسألة الكيسانيات.

قوله: (في حق الجارية الكبيرة) لعدم ولايته عليها ولا نيابتها عنها، أما لو كانت صغيرة ثبوت دعواها عن دعوى الصغيرة.

قوله: (لما قلنا)، وهو أن دعوى الغير على الغير نيابة لا يصح إما بإنابة أو ولاية ولم يوجد كلاهما؛ لأنه استخلاف على فعل الغير؛ فيكون على العلم. أصله حديث القَسامَة.

وَبِهَذَا القَدرِ يُعرَفُ مَا ذَكَرنا مِن الوَجهِ فِي كِفَايَةِ المُنتَهَى قَالَ: (وَإِذَا شَهِدَ رَجُلَانِ عَلَى رَجُل أَنَّهُ أَعتَقَ أَحَدَ عَبدَيهِ، فَالشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلَّا أَن يَكُونَ فِي وَصِيَّة) استِحسَانا، ذَكَرَهُ فِي كِتَابِ العَتَاقِ (وَإِن شُهِدَ أَنَّهُ طَلَّقَ إِحدَى نِسَائِهِ جَازَت الشَّهَادَةُ، وَيُجبَرُ الزَّوجُ عَلَى أَن يُطَلِّقَ إِحدَاهُنَّ) وَهَذَا بِالإِجمَاعِ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ

قوله: (وبهذا القدر...) إلى آخره، وفي النهاية والكافي: جميع الوجوه ستة:

أحدها: ما ذكرنا وهو أنهم إن تصادقوا أنهم لايدرون الأول، وجواب الكتاب؛ أنه يعتق نصف الأم ونصف الجارية باعتبار الأحوال.

والثاني: أن تدعي الأم أن الغلام أول، وأنكر المولى ذلك والجارية صغيرة؛ فالجواب [٥٢٩/ب] أن القول للمولى مع يمينه؛ لما ذكر في الكتاب.

والثالث: إن تصادقوا على أن الغلام أول، والجواب أنه عتق الأم والبنت ورُقّ الغلام؛ لأنه لاحظ له في العتق في جميع الأحوال؛ لما أن وجوده شرط عتق أمه وثبت عتق الأم بعد انفصاله.

والرابع: إن تصادقوا أن الجارية أول، والجواب أنهم أرقاء.

والخامس: أن تدعي الأم أولية الغلام، والجارية كبيرة ولم تدع شيئًا حلف المولى فإن حلف لم يثبت شيء. وإن نكل عتقت الأم دون البنت.

والسادس: ما لو ادعت البنت دون الأم، فالجواب على عكس هذا؛ لأن النكول عنه ضرورة.

قوله: إلى آخره، ولا يقال: إن النكول على قولهما إقرار، والإقرار يعتق أحدهما حكمًا لليمين إقرار بعتق الأخرى ضرورة؛ لأنا نقول: إنه إقرار بطريق الضرورة ولهذا يثبت العتق بمجرد النكول.

والدليل عليه ما قالوا؛ أي محمد في الأصل. قال لغيره: أنا كفيل لكل ما يقر لك به فلان؛ فادعى المكفول له على فلان مالا فحلف فأنكر يقضي عليه بالمال، ولا يصير الكفيل كفيلًا به، ولو كان إقرارًا من كل وجه لصار كفيلًا به. كذا في الفوائد الظهيرية وجامع قاضي خان.

وفي المحيط: لو قال: إن كان أول ولد تلدينه غلامًا فأنتِ حرة، وإن كان

وَمُحَمَّدٌ الشَّهَادَةُ فِي العِتقِ مِثلُ ذَلِكَ)(*) وَأَصلُ هَذَا: أَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى عِتقِ العَبدِ لَا تُقبَلُ مِن غَيرِ دَعوَى العَبدِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَعِندَهُمَا تُقبَلُ، وَالشَّهَادَةُ عَلَى عِتقِ الأَمَةِ وَطَلَاقِ المَنكُوحَةِ مَقبُولَةٌ مِن غَيرِ دَعوَى بِالِاتِّفَاقِ وَالمَسأَلَةُ مَعرُوفَةٌ.

جارية ثم غلامًا فهما حران، فولدت غلامًا وجاريتين ولا يعلم الأول؛ عتق نصف الأم ونصف الغلام وربع كل واحدة من الجاريتين، أما الأم؛ فلأنها تعتق في حال دون حال وهو رواية، وفي عامة الروايات يجب أن يعتق ثلثها؛ لأنها تعتق في حال وترقّ في حالين، بأن كانت ولادة إحدى الجاريتين أولًا.

وأما الغلام فإنه يعتق في حال بأن ولدت إحدى الجاريتين أولًا، ويرقّ في حال بأن ولدت الغلام أولًا. وأما الجاريتان فيعتق من كل واحدة ربعها في عامة الروايات؛ لأن أصابة الحرية بجهتين متعذرة؛ لأن الشخص إذا عتق تبعا للأم لا يتصور أن يعتق نفسه، ومتى عتق يعتق نفسه لا يعتق تبعًا؛ فلا بد من إلغاء حد الجهتين فألغينا إصابة العتق من جهة الأم، واعتبرنا الإصابة تعتق نفسها؛ لأنها أقل وهو المتيقن، فإن كانت ولادة الغلام أولًا يعتقان بعتق أنفسهما؛ فثبت لهما حرية في حال دون حال فيثبت نصف بينهما.

قال أبو عصمة: ينبغي أن يعتق من كل واحدة ثلاثة أرباعها؛ لأن الغلام لو كان أولًا تعتق الأم فتعتق الجاريتان، ولو كانت إحدى الجاريتين أولًا ثم الغلام عتقت الجارية الأولى، والأخرى رقيقة، فكان لهما عتق ونصف بينهما، واختار شمس الأئمة قول أبي عصمة، وقال: هو الذي يوافق ما تقدم.

قوله: (وَعِندَهُمَا تُقبَلُ)، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد؛ لأن المشهود به حق الشرع وهو العتق، ألا ترى أنه لا يحتاج إلى قبول العبد ولا يزيد برده! ويجوز أن يحلف بما هو حق الله تعالى، ويصح إيجابه في المجهول، ولا يصح إيجاب الحق للمجهول، ويتعلق به حرمة استحقاقه وذا حق الشرع قال عليه السلام: «**ثلاثةٌ أنا خصمهم**» وعد منها: «**من استرقَّ حرًّا**»[1]، ويتعلق به تكميل

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) أخرجه البخاري (٣/ ٨٢ رقم ٢٢٢٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وفيه: «ورجل باع حرًّا فأكل ثمنه».

....

الحدود ووجوب الجمعة والحج والزكاة والجهاد، ولا يمنع قبول الشهادة، والتناقض في دعوى العتق حتى لو أقر بالرق، ثم ادعى حرية الأصل وأقام البينة يقبل؛ فلو كانت الدعوى شرعًا لكان مانعًا؛ لأن التناقض يعدم الدعوى.

فإن قيل: فعلى هذا ينبغي أن يكتفي بشهادة الواحد؛ لأنه أمر ديني وخبر الواحد في الديانات مقبول.

قلنا: خبر الواحد لا يكفى للإلزام؛ فلا بد من نصاب الشهادة.

فإن قيل: لو كانت علة سقوط الدعوى في عتق الأم حرمة فرجها على المعتق لما قبلت على عتق الأمة المجوسية، وأخته في الرضاعة وعلى الطلاق الرجعي؛ لأن الشهادة بذلك إذا قبلت لم تتضمن حرمة فرجها.

قلنا: من المشايخ من منع المسألتين الأوليتين. ومنهم من سلم مسألة المجوسية، ومنع مسألة الأخت من الرضاعة، وفرق بأن وطء المجوسية مملوكة للمولى وإنما منع خبثها كالحائض، وهذا لا يسقط إحصانه به مع قيام ملك اليمين.

وفي المبسوط[(١)]: وَطِئ أخته في الرضاعة ليس بزنا، بدليل أنه لا يلزمه الحد بوطئها قبل عتقها وبعده يلزمه الحد، وبضعها مملوك له، حتى لو وطئت بشبهة كان عقرها للمولى، وبعتقها يزول [٥٣٠/أ] ذلك، وفي الطلاق الرجعي ينعقد به سبب حرمة فرجها.

ولأبي حنيفة أن المشهود به حق العبد؛ لأنه يثبت به قوة حكمية لنفسه والقوة الحقيقة حقه بجميع معانيه، فكذا القوة الحكمية ولأنه يصير به مالكًا نفسه واكتسابه ومالكيه الاكتساب حق المالك؛ لأنها عبارة عن اختصاص يتمكن به من إقامة المصالح المتعلقة، وما وراء ذلك ثمرات العتق ولا عبرة به.

وإنما العبرة للمشهود به، فإذا كان حق العبد يتوقف قبول البينة على دعواه،

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٩٣).

وَإِذَا كَانَ دَعوَى العَبدِ شَرطًا عِندَهُ لَم تَتَحَقَّق فِي مَسأَلَةِ الكِتَابِ؛ لِأَنَّ الدَّعوَى مِن المَجهُولِ لَا تَتَحَقَّقُ فَلَا تُقبَلُ الشَّهَادَةُ. وَعِندَهُمَا: لَيسَ بِشَرط فَتُقبَلُ الشَّهَادَةُ، وَإِن

ونحن نسلم أن في العتق معنى حق الشرع وذلك لا يدل على أنه حق الشرع، فإن حق العبد قد لا يتوقف على قبوله؛ كالعفو من القصاص وإبراء الكفيل، فإنه لا يتوقف على قبوله ولا يرتدّ برده، والتناقض معفو فيه لخفائه كما في دعوى النسب، ولأن للعتق شبهتين فلشبهه بحق الشرع قلنا: التناقض لا يمنع صحة الدعوى.

فإن قيل: قد ذكر في الزيادات أن العتق إذا حكم به يصير كل الناس مقضيًّا عليهم، وإن كانت الدعوى لم توجد إلا من واحد منهم، وعلل بأنه حق الشرع فصار الدعوى من واحد كالدعوى من الكل، والقضاء على واحد كالقضاء على الكل؛ لأنه حق الشرع لا يقبل البينة برقه بعد الحكم برقه فوقع الشك في قبولها فلا يقبل فيهما.

ثم العبد غير متهم في إنكار العتق؛ لأن العاقل لا يجحد الحرية ليستكسبه غيره فينفق عليه بعض كسبه، ويجعل الباقي لنفسه فصح إنكاره، وصار به بالشهود بخلاف الأمة، فإنها متهمة في إنكار العتق؛ لما أن لها من الحظ في الصحة مع المولى، ولا معتبر في إنكار من هو متهم في إنكاره، فجعلناه كالمدَّعية تقديرًا حتى لو كان العبد متهمًا بأن كان لزمه حد قذف أو قصاص في طرف فأنكر العتق لم يلتفت إلى إنكاره وقضى عليه بالبينة.

قوله: (**لأن الدعوى من المجهول لا تتحقق**)؛ لأنا لو صورنا الدعوى من أحدهما من غير تعيين كانت الدعوى من المجهول وهي لا تصح، وصاحب الحق غير معين فلم يكن دعواهما دعوى من صاحب الحق ولا الدعوى حينئذ لا يكون مطابقًا للشهادة؛ لأن الشهادة على أحدهما لا عليهما.

وذكر رشيد الدين في فتاواه: أن خلاف أبي حنيفة معهما في الشهادة القائمة على العتق الحاصل من جهة المولى، أما لا خلاف أن الشهود إذا شهدوا أنه حر الأصل تقبل شهادتهم بدون الدعوى؛ لأن الشهادة على حرية الأصل شهادة على حرية أمه، والشهادة على حرية أمه شهادة على تحريم

انعَدَمَ الدَّعوَى. أَمَّا فِي الطَّلَاقِ فَعَدَمُ الدَّعوَى لَا يُوجِبُ خَلَلًا فِي الشَّهَادَةِ، لِأَنَّهَا لَيسَت بِشَرط فِيهَا. وَلَو شَهِدَا أَنَّهُ أَعتَقَ إِحدَى أَمَتَيهِ لَا تُقبَلُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَإِن لَم تَكُن الدَّعوَى شَرطًا فِيهَا، لِأَنَّهُ إِنَّمَا لَا تُشتَرَطُ الدَّعوَى لِمَا أَنَّهُ يَتَضَمَّنُ تَحرِيمَ الفَرجِ فَشَابَهُ الطَّلَاقَ، وَالعِتقُ المُبهَمُ لَا يُوجِبُ تَحرِيمَ الفَرجِ عِندَهُ عَلَى مَا ذَكَرنَاهُ

الفرج، وحرمة الفرج حق الله تعالى فيقبل جنسه من غير الدعوى كما في عتق الأمة.

ولكن ذكر صاحب المحيط: الصحيح أن الدعوى شرط في حرية الأصل أيضًا عنده، والتناقض لا يمنع صحة الدعوى؛ لا في حرية الأصل ولا في حرية العارض، كذا في الفصول للإمام الإسْتَرُوْشَنِيُّ رحمه الله.

قوله: (**إنما لا يشترط الدعوى**)؛ أي: في الأمة المعينة (**لما أنه**)؛ أي: العتق فيها (**يتضمن تحريم الفرج**)، وتحريم الفرج حق الله تعالى، لما أن وطئه بعد العتق زنا، والشهادة على الزنا تقبل بدون الدعوى.

فإن قيل: على عتق العبد المعين ينبغي أن نقبل بغير الدعوى؛ لما أن فيه تحريم استرقاقه وتحريم الاسترقاق حق الله.

قلنا: تحريم الاسترقاق يثبت بعد تمام الشهادة، ولو ثبت معنى بعد الشهادة لا تجعل أصلًا في قبول الشهادة، كما لو شهد الإنسان بمال وهو لا يدعي، فإنه لا يقال: يقبل لجواز أن يجب في ذلك المال زكاة، وهو حق الله، هكذا ذكره التمرتاشي.

فإن قيل: لا تفاوت حينئذ بين تحريم الاسترقاق وتحريم الفرج؛ إذ كل منهما بعد تمام الشهادة، فكيف يجعل تضمين الفرج مجوّزًا للقبول بلا دعوى، ولم يجعل تضمن تحريم الاسترقاق مجوزًا للقبول بلا دعوى.

قلنا: الفرق أن الشهادة بعتق الأَمَةِ قائمة مقام الشهادة أنهما تزنيان، بعد هذا لو وطئها مولاها، والشهادة على الزنا مما ورد الشرع أما الشهادة بعتق لو قلنا بجوازها كانت قائمة مقام شهادتهما بالاسترقاق بعد الحرية، فهو مما لم يرد به الشرع؛ بل ذاك، وقوله: (وأعتقه بمنزلة)، وفيه الخلاف المذكور؛ لأن

فَصَارَ كَالشَّهَادَةِ عَلَى عِتقِ أَحَدِ العَبدَينِ.

وَهَذَا كُلُّهُ إذَا شَهِدَا فِي صِحَّتِهِ عَلَى أَنَّهُ أَعتَقَ أَحَدَ عَبدَيهِ.

أَمَّا إذَا شَهِدَا أَنَّهُ أَعتَقَ أَحَدَ عَبدَيهِ فِي مَرَضِ مَوتِهِ أَو شَهِدَا عَلَى تَدبِيرِهِ فِي صِحَّتِهِ أَو فِي مَرَضِهِ، وَأَدَاءُ الشَّهَادَةِ فِي مَرَضِ مَوتِهِ أَو بَعدَ الوَفَاةِ تُقبَلُ استِحسَانًا؛ لِأَنَّ التَّدبِيرَ حَيثُمَا وَقَعَ وَقَعَ وَصِيَّة، وَكَذَا العِتقُ فِي مَرَضِ المَوتِ وَصِيَّةٌ، وَالخَصمُ فِي الوَصِيَّةِ إنَّمَا هُوَ المُوصِي وَهُوَ مَعلُومٌ. وَعَنهُ خَلَفٌ وَهُوَ الوَصِيُّ أَو الوَارِثُ، وَلِأَنَّ العِتقَ فِي مَرَضِ المَوتِ يَشِيعُ بِالمَوتِ فِيهِمَا فَصَارَ كُلُّ وَاحِد مِنهُمَا خَصمًا مُتَعَيَّنا، وَلَو شَهِدَا بَعدَ مَوتِهِ أَنَّهُ قَالَ فِي صِحَّتِهِ: أَحَدُكُمَا حُرٌّ، فَقَد قِيلَ: لَا تُقبَلُ، لِأَنَّهُ لَيسَ بِوَصِيَّة. وَقِيلَ، تُقبَلُ لِلشُّيُوعِ، هُوَ الصَّحِيحُ، وَاَللَّهُ أَعلَمُ.

الاحتياط في أمر الفرج أشد رعاية من غيره.

ألا ترى أن الإعتاق المبهم بين الأمتين وإن كان يجوز وطئهما من حيث الدليل على قول أبي حنيفة، وهو أن [٥٣٠/ب] الإعتاق المبهم لا ينزل في المعين قبل البيان، ومع ذلك لا يفتى بحل وطئها؛ لرعاية الأمهات الاحتياط في أمر الفرج، وإذا كان كذلك فلا يلزم من قبول الشهادة بعتق الأمة من غير دعوى رعاية لجانب حرمة الفرج، وإن كان ثبوته بطريق التضمين قبول الشهادة لعتق العبد رعاية لجانب حرمة الاسترقاق الثابت بطريق التضمن؛ لما أن حرمة الاسترقاق لا تساوي حرمة الفرج في الأخذ بالاحتياط.

قوله: (**أما إذا شهدا...**) إلى آخره، هذا بيان قوله: (إلا أن تكون في وصية) (**حيثما وقع**)؛ أي ساوى في حالة الصحة أو في المرض.

قوله: (**فِي صِحَّتِهِ أَحَدُكُمَا حُرٌّ**)، لا نصَّ فيه عن أبي حنيفة واختلف المشايخ فيه.

قيل: لا يقبل؛ لأن الإعتاق في الصحة ليس بوصية؛ فلم يكن الميت مدعيًا تقديرا.

وقيل: تقبل؛ لأن العتق شاع فيهما بعد الموت فتصح دعواهما.

وفي الكافي: الأصح إذا جاز أن يكون معلولًا بعلتين فيتعدى بإحداهما.

....

فروع

ولو شهدا أنه حرر أمةً بعينها وسماها فنسيا اسمها أو شهدا أنه طلق امرأة معينة فنسِيا اسمها بطلت شهادتهما؛ لإقرارهما على أنفسهما بالغفلة وشهادة المُغفّل لا تقبل، ولأنهما لم يشهدا بما تحملا عتق معلومة وطلاق معلومة، وشهدا بعتق مجهولة وطلاق مجهولة والشهادة بغير ما تحمّلا باطلة.

وعند زفر تقبل الشهادة ويؤمر بالبيان؛ لأن الجهالة لا تمنع صحة الطلاق والعتاق كما لو شهد ابتداء بعتق مجهولة وطلاق مجهولة، ولو شهدا بعتق أحد العبدين وقالا: أعتق أحد العبدين، وقالا: أعتق أحدهما معينا ونسينا اسمه، فكذا لا يقبل عنده، وإن ادعيا؛ لأن المستحق للحرية مجهول فعرت البينة عن الدعوى.

ولو شهدا بعتق عبد وحكم القاضي بشهادتهما ثم رجعا ضمنا قيمته، ثم شهد آخران أن المولى أعتقه بعد شهادتهما لم يسقط عنهما الضمان اتفاقًا؛ لأنه عتق بالقضاء والمعتق لا يعتق فلم يقبل شهادتهما، ومتى لم تقبل شهادتهما لم ينتف الضمان عن الأولين، وإن شهدا أنه أعتقه قبل شهادتهما لم يقبل أيضًا ولم يرجعا بما ضمنا على المولى عند أبي حنيفة.

وعندهما؛ تقبل ورجعا عليه بما ضمنا، وهذا بناء على ما مر أن الشهادة على العبد تقبل بلا دعوى عندهما، وعنده لا تقبل بدون الدعوى فلا يثبت عتقه قبل شهادتهما، فكان التلف بشهادتهما.

وقيل: هذه المسألة بناء على أن القضاء بشهادة الزور ينفذ ظاهرًا وباطنًا عنده فلا حاجة إلى قبول الشهادة ثانيًا، وعندهما لا تنفذ، فعلى هذا لا فرق بين الأمة والعبد، وعلى الأول يفترقان.

ولو شهدا على الشريك الحاضر؛ أن الشريك الثاني قد أعتق نصيبه منه فعند أبي حنيفة لا يقبل؛ لأن الإعتاق عنده يتجزئ فكانت الشهادة بعتق نصيب الغائب خاصة، وليس عنه خصم حاضر، والقضاء على الغائب لا يجوز؛ لكن يحال بينه وبين الحاضر أن يسترقه ويوقف حتى يقدم استحسانا، وفي القياس لا

....

يحال، وعندهما يقبل ويقضي بعتقه؛ لأن الإعتاق لا يتجزئ فينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، وهما في الحقيقة شهدا على الحاضر بعتق نصيبه فيقبل.

أعتق عبده في مرض موته ولا مال له غيره عتق ثلثه بغير عوض، وسعى في ثلثيه عندنا إذا لم تجز الورثة، وبه قال ابن المسيب وشريح والشعبي والنخعي والحسن وقتادة وحماد بن أبي سليمان.

وقال الشافعي ومالك وأحمد في العبيد: يقرع بينهم ويعتق بالقرعة. وفي العبد الواحد يعتق ثلثه ويبقى ثلثاه رقيقا بتصرف الورثة في ذلك كيف شاءت، واحتجوا بما روى أبو المهلب عن عمران بن الحصين: أن رجلًا أعتق ستة مماليك عند موته، ولم يكن له مال غيرهم، «**فدعا بهم رسول الله ﷺ فجزَّأهم أثلاثًا فأقرع بينهم، فأعتق اثنين وأرقّ أربعة، وقال له قولًا شديدًا**» رواه مسلم، وأبو داود، والنسائي[1]، وفي رواية: «أوصى عند موته أن أعتق ستة مماليك» رواه مسلم.

واسم أبي المهلب عمرو بن معاوية، وقيل: عبد الرحمن بن معاوية.

واختلفوا في قوله [٥٣١/أ] قال: يعني رسول الله: «**لو شَهِدْتُهُ قبل أن يُدفنَ في مقابر المسلمين**»، رواه أبو داود، والنسائي[2].

وقيل: قال: «**فقد همَمْتُ أن لا أصَلِّي عليه**»[3]، وأما أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو إعتاقهم فيستوون في الاستحقاق، ولا إعطاء البعض زيادة على ما استحقه، كما لو أوصى لرقابهم لكل واحد برقبة ولا مال له سواهم، وهذا لأنه لما كان المأذون فيه إعتاق ثلث كل واحد منهم لا الثلثين؛ لأن ذلك حق الورثة، كانت إضافته إلى كل واحد منهم إضافة إلى ثلاثة لا غير في حق نفاده؛ لأن ذلك حق المعتق دون الزائد عليه صار كأنه قال: أعتق ثلث كل

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٨٨ رقم ١٦٦٨)، وأبو داود (٤/ ٢٨ رقم ٣٩٥٨)، والنسائي (٤/ ٦٤ رقم ١٩٥٨).

(٢) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٨ رقم ٣٩٦٠)، والنسائي في الكبرى (٥/ ٣٥ رقم ٤٩٥٤).

(٣) انظر تخريج الحديث قبل السابق.

....

واحد منكم، ولو قال كذلك لا تجزئ فيه القرعة، ويعتقون بالحصص عند المالكية.

وفي المنهاج: لو أعتق عبده في مرضه عتق ثلثه، ولو قال: أعتق ثلث كل عبد أَقْرَعَ.

فإن قيل: يعتق من كل عبد ثلثه، وإن سلموا أن قياس الأصل معنا وتركوه بالحديث: وفيه لم يكن له غيرهم، وإعتاقهم مع وجود المال بالقرعة؛ ترك بالحديث قياسَ الأصول وحكم بالتَّشَهِّي. وفي المبسوط(١): ثم قال الخصم: ضرر إبطال حق الأكثر من العبد وزيادة لمن لا يستحق الزيادة، وفيما قلنا ضرر تأخر الحق في حق مورثه، وضرر التأخر أهون.

قال الشيخ أبو بكر الرازي: القرعة بين العبيد من جنس المَيْسِرِ المُحَرَّم بنص القرآن؛ لما فيه من نقل الحرية عمن وقعت عليه إلى غيره بالقرعة، ولما فيه من بخس الحق وإبطاله، حتى لا يخطئ واحد منهم بشيء وأخذ بعضهم حقه وحق غيره، فهذا هو المَيْسِرُ بعينه، ولأن العتق نازل في الكل حتى برأ من مرضه عتقوا كلهم، كما لو وهبهم ثم برأ نفذت هبته في الكل، والبرء لا يوجب عتقًا لم يصح، فثبت أنه واقع في جميعهم، والعتق لا يجوز رفعه بالقرعة.

ولا حجة لهم في حديث عمران لوجوه:

أحدها: أنه قضاء في شيء بعينه، وهو واقعة عين وواقعة الأعيان لا عموم لها.

والثاني: يحتمل أن يكون به اثنين شائعين، أي قدر اثنين لا بأعيانهما كقوله: «**في أربعينَ شاةٍ شاةٌ**»(٢) ذكره الجصاص؛ لأنا إذا أعتقنا من كل واحد ثلثه فقد أعتقنا قدر اثنين منهم، ويحمل على هذا جمعًا بين الأثر والنظر، لكن يُرَدّ على الجصاص إقراعه عليه السلام؛ لأنه إذا عتق من كل واحد ثلثه قدر اثنين شائعًا؛ فلا حاجة إلى القرعة.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٧٥).

(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٩٨ رقم ١٥٦٨) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.
وبنحوه أخرجه البخاري (٢/ ١١٨ رقم ١٤٥٤) من حديث أنس رضي الله عنه.

....

والثالث: أنه لا يتفق للإنسان ستة أعبد ولا يملك غيرهم من درهم وقماش وأثاث ولا نحاس، ولا دابة ولا قمح ولا دار يسكنها، ولا شيء قلَّ ولا جلَّ وهو منكر جدًّا؛ بل هو من قبيل المستحيل في العرف؛ فَيُرَدُّ به كما يُرَدُّ عندنا خبر الواحد فيما فيه عموم البلوى.

والرابع: لا يتفق أن يكون ستة أعبد قيمتهم سواء، والقيمة تختلف في ذوات الأمثال فكيف بذوات القيم، وزعموا أن عبيد الحجاز إنما هم الزنوج والحَبَشُ، وقيمتهم متساوية وهو دعوى منهم بلا برهان ولا عرف ولا عادة ولا شاهد الحال، فإنا نرى عبيد الحبش عبدًا بخمسمائة والآخر بأربعمائة والآخر بثلاثمائة، وتفاوت القيمة في بني آدم فاحش، في صحيح مسلم[١]: أعتق علي بن الحسين عبدًا قد أعطاه به ابن جعفر عشرة ألاف درهم أو ألف دينار، فبطل قولهم؛ فلا يلتفت إلى الزعم الذي لا دليل عليه ومثلهم الزنوج.

وذكر الشيخ ابن عبد السلام في قواعده[٢]: أنه لا وجه للإقراع عند تعارض البَيِّنتين ولا عند تعارض الخبرين رد لا يعتد فيه بأحد الخبرين ولا بإحدى الشهادتين، فكذا لا يفيد فيه بإعتاق عبدين وإرقاق أربعة، فقد تقدم إعتاق الستة، ثم ذكر أن شرع القرعة؛ لدفع الأحقاد والضغائن والرضى بالمقادير، لا أن القرعة تظهر الحق. انتهى الكلام.

وقد رجع إلى الحق فيها، وإنما يجوز استعمال القرعة عندنا؛ فيما يجوز فعله بغير قرعة كما في القسمة للقاضي لدفع تهمة المَيْلِ، وفي قسمة الغنائم والمسافر بالزوجة، وأقرع زكريا عليه السلام؛ لِتَطْييبِ قلوب الأحبار وإلا كان هو أحق بضم مريم إلى نفسه؛ لأن خالتها كانت تحته مع أنها كانت معجزة لما أنه من الحديد، والله أعلم.

(١) أخرجه مسلم (٢/ ١١٤٨) عقب حديث رقم (١٥٠٩).
(٢) قواعد الأحكام (١/ ٩١).

بَابُ الحَلِفِ بِالعِتقِ

(وَمَن قَالَ: إِذَا دَخَلتُ الدَّارَ فَكُلُّ مَملُوك لِي يَومَئِذ فَهُوَ حُرٌّ، وَلَيسَ لَهُ مَملُوكٌ فَاشتَرَى مَملُوكًا ثُمَّ دَخَلَ عَتَقَ) لِأَنَّ قَولَهُ يَومَئِذ تَقدِيرُهُ: يَومَ إِذ دَخَلتُ، إِلَّا أَنَّهُ أَسقَطَ الفِعلَ وَعَوَّضَهُ بِالتَّنوِينِ، ....

باب الحلف بالعتق

لما فرغ من أنواع التنجيز من العتق شرع في التعليق منه؛ إذ التعليق قاصر في السببية فأُخِّر، والمراد بالحلف والعتق؛ هو أن يجعل [٥٣١/ ب] العتق جزاء حلفه.

قوله: (**وعوضه بالتنوين**)، ويسمى هذا التنوين تنوين العوض عند النحويين، وهو مختص بالمبينات، واختلف في دخولها المعرب مثل كل وبعض قبل تنوين العوض عن المضاف إليه؛ لأن [الأصل][1] كلهم وبعضهم، والأصح أنه التمكين الذي يدل على أمكنية الاسم؛ لأنه معرب منون ذكره ابن يعيش في شرح المفصل.

(**ذا**) ظرف لما مضى من الزمان، ولهذا قال صاحب الكتاب: (**إذ دخلت**)؛ كقوله تعالى: ﴿وَإِذْ قَالَتِ ٱلْمَلَٰٓئِكَةُ﴾ [آل عمران: ٤٥].

ومن حق هذا الباب أن يكون في الأيمان، وإنما ذكر هنا لأجل الجزاء دون الشرط، وهو قول مالك، ورواية عن أحمد فإنه صحح ذلك في العتق دون الطلاق، وزعم أن الشارع يتشوف إلى العتق دون الطلاق، ولهذا لا أصل له عندنا ويصح فيهما.

فإن قيل: ينبغي أن لا يعتق ما ملكه بعد القول عند الدخول؛ لأنه ما أضاف العتق إلى الملك ولا إلى سببه كما لو قال لعبد الغير: إن دخلتَ الدارَ فأنتَ حرٌّ، ثم اشتراه فدخل الدار لا يعتق.

قلنا: قد وُجِدَ دلالة؛ لأنه أضاف العتق إلى مملوك له زمان الدخول، والمملوك لا يكون بلا ملك فصار كأنه قال: إن ملكتُ مملوكًا وقت الدخول فهو حرٌّ بخلاف تلك المسألة؛ لأنه لم توجد الإضافة إلى الملك لا صريحًا ولا دلالة.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية، والثالثة.

فَكَانَ الْمُعتَبَرُ قِيَامَ المِلكِ وَقتَ الدُّخُولِ، وَكَذَا لَو كَانَ فِي مِلكِهِ يَومَ حَلَفَ عَبدٌ فَبَقِيَ عَلَى مِلكِهِ حَتَّى دَخَلَ عَتَقَ لِمَا قُلنَا.

(وَلَو لَم يَكُن قَالَ فِي يَمِينِهِ: «يَومَئِذ»، لَم يَعتِق) لِأَنَّ قَولَهُ كُلُّ مَملُوك لِي لِلحَالِ

(حتى دخلَ عَتَقَ) أي بالإجماع لما قلنا، وهو أن المعتبر قيام الملك وقت الدخول، وقد وُجِدَ.

قوله: (كل مملوك لي للحال)؛ لأن اللام للاختصاص والاختصاص بمملوك له في الحال؛ إذ لو لم يكن مملوكًا في الحال كان هو وغيره سواء، وعمل الشرط في تأخير الجزاء كما لو قال: كل مملوك لي حرٌّ يتناول المملوك للحال، كذا ذكره فخر الإسلام.

ثم هذه اليمين لا تتناول الجنين ولا المملوك المشترك ولا المكاتب، وكذا عبيد عبده التاجر إلا أن ينويهم وهو قول أبي يوسف سواء كان العبد عليه دين أو لا. وعند محمد: يُعتقَون نواهم أو لا.

وعند أبي حنيفة: إذا كان على العبد التاجر دين ونواهم عَتَقوا وإلا فلا، ولو كان عليه دين لم يَعتِقوا وإن نواهم.

وفي المكاتب خلاف زفر فإنه يعتق عنده. وقال مالك: لو قال: مماليكي أو عبيدي أو رقيقي أحرار؛ عتق عبيده ومدبّروه وأمهات أولاده ومكاتبوه، وكل شقص له في مملوك ولا يعتق عبيد عبيده.

وفي الإيضاح وجامع التمرتاشي والمحيط: يعتق مدبّروه وأمهات أولاده وولدهما والذكر والأنثى؛ لأن المملوك اسمٌ عام، وكذا يدخل العبد المرهون والمأذون والمستأجر، ولو نوى الذكور دون الإناث وعلى العكس صُدِّق ديانة للتخصيص لا قضاء؛ لأنه خلاف الظاهر، ولو نوى ما يستقبل؛ لأنه قصد بغير ما يدل عليه ظاهر لفظه فلم تعتبر نيته في إبطال حكم الظاهر، واعتبر اعترافه لإثبات العتق في المستقبل؛ لأنه قصد إثباته بلفظ محتمل.

وقال بعض المالكية: ولو قال: رقيقي أحرار لم يعتق الإناث أو رَدوا عليهم؛ لأن لفظ رقيقي يتناول الذكور والإناث، قال عليه السلام: «**من أعتقَ**

وَالجَزَاءُ حُرِّيَّةُ المَملُوكِ فِي الحَالِ، إِلَّا أَنَّهُ لَمَّا دَخلَ الشَّرطُ عَلَى الجَزَاءِ تَأَخَّرَ إِلَى وُجُود فَيَعتِقُ إِذَا بَقِيَ عَلَى مِلكِهِ إِلَى وَقتِ الدُّخُولِ وَلَا يَتَنَاوَلُ مَن اشتَرَاهُ بَعدَ اليَمِينِ.

(وَمَن قَالَ: «كُلُّ مَملُوك لِي ذَكَر فَهُوَ حُرٌّ» وَلَهُ جَارِيَةٌ حَامِلٌ، فَوَلَدَت ذَكَرًا، لَم يَعتِق) وَهَذَا إِذَا وَلَدَت لِستَّةِ أَشهُر فَصَاعِدًا ظَاهِرٌ، لِأَنَّ اللَّفظَ لِلحَالِ، وَفِي قِيَامِ الحَملِ وَقتَ اليَمِينِ احتِمَالٌ لِوُجُودِ أَقَلِّ مُدَّةِ الحَملِ بَعدَهُ، وَكَذَا إِذَا وَلَدَت لِأَقَلَّ مِن سِتَّةِ أَشهُر؛ لِأَنَّ اللَّفظَ يَتَنَاوَلُ المَملُوكَ المُطلَقَ، وَالجَنِينُ مَملُوكٌ تَبَعًا لِلأُمِّ لَا مَقصُودًا، وَلِأَنَّهُ عُضوٌ مِن وَجه وَاسمُ المَملُوكِ يَتَنَاوَلُ الأَنفُسَ دُونَ الأَعضَاءِ وَلِهَذَا لَا يَملِكُ بَيعَهُ مُنفَرِدًا.

قَالَ العَبدُ الضَّعِيفُ: وَفَائِدَةُ التَّقيِيدِ بِوَصفِ الذُّكُورَةِ أَنَّهُ لَو قَالَ: «كُلُّ مَملُوكِ لِي» تَدخُلُ الحَامِلُ، فَيَدخُلُ الحَملُ تَبعا لَهَا.

(وَإِن قَالَ: كُلُّ مَملُوك أَملِكُهُ حُرٌّ بَعدَ غَدٍ، أَو قَالَ: كُلُّ مَملُوك لِي فَهُوَ حُرٌّ بَعدَ غَدٍ، وَلَهُ مَملُوكٌ فَاشتَرَى آخَرَ، ثُمَّ جَاءَ بَعدُ غَد عَتَقَ الَّذِي فِي مِلكِهِ يَومَ حَلَفَ) لِأَنَّ

شِقصًا له في عبد»[1]، والأمة مثله لتناولهما لفظ العبد.

وفي الذخيرة: قال: مماليكي كلهم أحرار، ونوى الرجال لا النساء لم يذكره، وقالوا: لا يصدق ديانة بخلاف **قوله: (كل مملوك لي)** ونوى التخصيص يصدق ديانة.

قوله: (لا يملك بيعه مفردًا)، وكذا لو أعتقه عن الكفارة لا يجوز، ولا تجب صدقة الفطر عنه.

قوله: (كل مملوك أملكه حر بعد غد) ظرف؛ **لقوله: (حر)** لا لقوله: **(أو مملوك)**؛ لأن أملكه للحال.

وقوله: (ثم جاء بعد غد)، ولفظ **(بعدُ)** بالرفع دون النصب؛ لما أن بعد معرب وليس بمبني، وإنما انتصب في مواضع على الظرفية، فلما كان في موضع الفاعل ارتفع كذا نقل عن العلامة مولانا حافظ الدين.

---

(١) تقدم تخريجه قريبًا.

قَولَهُ: «أَملِكُهُ» لِلحَالِ حَقِيقَة يُقَالُ: أَنَا أَملِكُ كَذَا وَكَذَا، وَيُرَادُ بِهِ الحَالُ، وَكَذَا يُستَعمَلُ لَهُ مِن غَيرِ قَرِينَة، وَالِاستِقبَالُ بِقَرِينَةِ السِّينِ أَو سَوفَ فَيَكُونُ مُطلَقُهُ لِلحَالِ فَكَانَ الجَزَاءُ حُرِّيَّةَ المَملُوكِ فِي الحَالِ مُضَافًا إِلَى مَا بَعدَ الغَدِ فَلَا يَتَنَاوَلُ مَا يَشتَرِيهِ بَعدَ اليَمِينِ.

(وَلَو قَالَ: كُلُّ مَملُوك أَملِكُهُ، أَو قَالَ: كُلُّ مَملُوك لِي حُرٌّ بَعدَ مَوتِي، وَلَهُ مَملُوكٌ فَاشتَرَى مَملُوكًا آخَرَ، ....

[قوله][1]: (وكذا يستعمل له) على تأويل قال تعالى: ﴿وَٱللَّهُ يَعۡلَمُ إِنَّكَ لَرَسُولُهُۥ﴾ [المنافقون: ١] والمراد به الحال، والمحتاج إلى القرينة بمنزلة المجاز، وهذا مخالف لما ذكره في النحو أنه مشترك بين الحال والاستقبال.

قيل: ما ذكروه بحسب الاستعمال لا بحسب الوضع، والشيخ ذكره بحسب الوضع؛ لأنهم وضعوا صيغًا للماضي وصيغًا للاستقبال وهي الأمر والنهي، فوجب أن تكون أفعل للحال؛ لأن الأصل أن يكون لكل معنى [٥٣٢/أ] لفظ على حدة، فوجب أن يكون للحال نفيًا للاشتراك والترادف وهو أن يكون الاستقبال صيغتان، لأنهما خلاف الأصل.

وفي المحيط: أملك وإن كان حقيقة للاستقبال إلا أنه صار للحال شرعًا كما في الشهادة عرفًا، كما يقال: أملك كذا كذا درهمًا، فكان كالحقيقة في الحال، ولكن يرد على هذا التعليل أن الحقيقة أولى من المجاز المتعارف عند أبي حنيفة كما في الشرب من الفرات.

وفي الذخيرة: صيغة أفعل للحال حقيقة، وهو مذهب محققي[2] النحويين.

وبعد هذا اختلف عبارات المشايخ. قيل: الحال أمس؛ إذ ليس للحال صيغة سوى هذا بخلاف الاستقبال فعند الإطلاق ينصرف إليه. وقيل: يعين للحال بغلبة الاستعمال كما في أشهد وأصلي، كما يتعين للاستقبال، في قولك: أتزوج وأسافر.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

(٢) في الأصل (تحقق)، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

فَالَّذِي كَانَ عِندَه وَقتَ اليَمِينِ مُدَبَّرٌ، وَالآخَرُ لَيسَ بِمُدَبَّر، وَإِن مَاتَ عَتَقَا مِن الثُّلُثِ) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ فِي النَّوَادِرِ: يَعتِقُ مَا كَانَ فِي مِلكِهِ يَومَ حَلَفَ وَلَا يَعتِقُ مَا استَفَادَ بَعدَ يَمِينِهِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا قَالَ: كُلُّ مَملُوك لِي إِذَا مِتُّ فَهُوَ حُرٌّ. لَهُ: أَنَّ اللَّفظَ حَقِيقَة لِلحَالِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فَلَا يَعتِقُ بِهِ مَا سَيَملِكُهُ، وَلِهَذَا صَارَ هُوَ مُدَبَّرًا دُونَ الآخَرِ.

وَلَهُمَا: أَنَّ هَذَا إِيجَابُ عِتق وَإِيصَاءٌ حَتَّى اعتُبِرَ مِن الثُّلُثِ، وَفِي الوَصَايَا تُعتَبَرُ الحَالَةُ المُنتَظَرَةُ وَالحَالَةُ الرَّاهِنَةُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَدخُلُ فِي الوَصِيَّةِ بِالمَالِ مَا يَستَفِيدُهُ بَعدَ الوَصِيَّةِ، وَفِي الوَصِيَّةِ لِأَولَادِ فُلَان مَن يُولَدُ لَهُ بَعدَهَا.

وَالإِيجَابُ إِنَّمَا يَصِحُّ مُضَافًا إِلَى المِلكِ أَو إِلَى سَبَبِهِ، فَمِن حَيثُ إِنَّهُ إِيجَابُ

قوله: (فالذي كان) عبده **(مُدَبَّرٌ)**؛ أي: مدبر مطلق .**(والآخر ليس بمدبر)** أي: بمدبر مطلق بل هو مدبر مقيد على قول أبي حنيفة حتى يعتق من الثلث بعد الموت.

وطعن عيسى بن أبان في هذه المسألة وقال: ينبغي أن لا يعتق من حدث في ملكه؛ لأن اللفظ لم يتناوله؛ لأنه للحال لو تناولهم ينبغي أن لا يجوز بيعهم لتعلق عتقهم بموت المولى فكان فيه جمع بيع الحكمين المتناقضين، ولكن الجواب ما ذكره في المتن ذكره فخر الإسلام في مبسوطه.

قوله: (يعتق ما كان في ملكه)؛ أي بطريق التدبير.

قوله: (أن هذا) أي لفظ أملكه **(إيجاب عتق)**. **(وإيصاء)**؛ أي: اللفظ واحد لكن له موجبين فعملنا بهما؛ فأعملنا إيجاب العتق في المملوك، وأعملنا الإيصاء في المستحدث؛ لأن **(في الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة)**، أي: المستحدثة كما تعتبر **(الحالة الراهنة)** أي: الحالية، وسميت الحالية بالراهنة لأن الرهن حبس في اللغة، والمرء محبوس فيها لا فيما قبلها ولا فيما بعدها.

قوله: (والإيجاب إنما يصح مضافًا...) إلى آخره، جواب سؤال مقدر وهو على وجهين:

أحدهما: أن يقال ينبغي أن لا يتناول الإيجاب المشتري أصلًا في الحال

العِتقِ يَتَنَاوَلُ العَبدَ المَملُوكَ اعتِبَارًا لِلحَالَةِ الرَّاهِنَةِ، فَيَصِيرُ مُدَبَّرًا حَتَّى لَا يَجُوزَ بَيعُهُ، وَمِن حَيثُ إِنَّهُ إِيصَاءٌ يَتَنَاوَلُ الَّذِي يَشتَرِيهِ اعتِبَارًا لِلحَالَةِ المُتَرَبِّصَةِ وَهِيَ حَالَةُ المَوتِ، وَقَبلَ المَوتِ حَالَةُ التَّمَلُّكِ استِقبَالٌ مَحضٌ فَلَا يَدخُلُ تَحتَ اللَّفظِ، وَعِندَ المَوتِ يَصِيرُ كَأَنَّهُ قَالَ: كُلُّ مَملُوكٍ لِي أَو كُلُّ مَملُوكٍ أَملِكُهُ فَهُوَ حُرٌّ، بِخِلَافِ قَولِهِ بَعدَ غَدٍ عَلَى مَا تَقَدَّمَ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ وَاحِدٌ وَهُوَ إِيجَابُ العِتقِ وَلَيسَ فِيهِ إِيصَاءٌ، وَالحَالَةُ مَحضُ استِقبَالٍ فَافتَرَقَا. وَلَا يُقَالُ: إِنَّكُم جَمَعتُم بَينَ الحَالِ وَالِاستِقبَالِ. لِأَنَّا نَقُولُ: نَعَم، لَكِن بِسَبَبَينِ مُختَلِفَينِ إِيجَابِ عِتقٍ وَوَصِيَّةٍ، وَإِنَّمَا لَا يَجُوزُ ذَلِكَ بِسَبَبٍ وَاحِدٍ.

ولا في المال؛ لأن التناول إنما يكون مضافًا إلى الملك أو إلى سببه، وليس أحدهما في حقه. فأجاب عنه وقال: إنما تناوله باعتبار الإيصاء لا باعتبار الإيجاب الحالي.

والثاني: أن يقال ينبغي أن يكون المشتري مدبرًا مطلقًا حال شرائه؛ لأن التدبير في كل مدبر إنما يكون على وجه الإيصاء حتى يعتبر من الثلث، وفي الإيصاء لا يتفاوت الحالي والمستحدث، كما لو أوصى بثلث ماله يدخل في الحالي والمستحدث؛ فأجاب عنه بأن إيجاب التدبير مطلقًا إنما يكون عند إضافة التدبير إلى الملك أو إلى سببه، ولم يوجد في حق المستحدث واحد منهما؛ فلا يتحقق في حق التدبير مطلقا.

قوله: (**على ما تقدم**)؛ يعني لا يعتق المشتري في قوله: (**كل مملوك لي أو كل مملوك أملكه فهو حر بعد غد**)؛ لأن المشتري لا يدخل في غير الإيصاء إلا بقرينة كما لو قال: كل مملوك أملكه إلى ثلاثين سنة، حيث يدخل ما يستفيده لا ما هو في الحال؛ لأنه وقت والتوقيت إنما يكون في المستقبل.

وأما في قوله: (**كل مملوك أملكه بعد غد**) ما وجد دليل الاستقبال لما قلنا أن **قوله** (**أملك**) للحال.

وقوله: (**بعد غد**) ظرف **لقوله**: (**حر**) لا **لقوله**: (**أملكه**)؛ فلما كان للحال لا يتناول الاستقبال؛ لأن اللفظ لا يتناولهما في حالة واحدة؛ لأن الاستقبال إما حقيقة عند البعض أو مجاز، والجمع بين الحقيقة والمجاز وتعميم المشترك لا يجوز.

قوله: (**وإنما لا يجوز ذلك**) أي الجمع بين الحال والاستقبال لسبب واحد.

بَابُ العِتْقِ عَلَى جُعلٍ

(وَمَن أَعتَقَ عَبدَهُ عَلَى مَال فَقبِلَ العَبدُ عَتَقَ) وَذَلِكَ مِثلُ: أَن يَقُولَ: أَنتَ حُرٌّ عَلَى أَلفِ دِرهَمٍ، أَو بِأَلفِ دِرهَمٍ، ....

في الكافي: هذا كاختلافهم في قوله: لله عليَّ أن أصوم رجب، ونوى به النذر واليمين. فأبو يوسف لم يرَ الجمع بينهما؛ لأن أحدهما حقيقة والآخر مجاز، وهما جوزاه؛ لأنه قُدِّر بصيغته يمين بموجبه، والتحقيق هو الأول، وهذا البحث مع ما فيه مذكور في بيان الوصول في شرح أصول فخر الإسلام، وليطلب ثمة.

فإن قيل: قد قال محمد في الجامع الكبير: لو قال: كل مملوك أملكه غدًا فهو حر، ولا نية له عتق ما اجتمع في ملكه غد، فقد تناول (أملكه) هذا للحال والاستقبال مع أنه ليس فيه سببان [٥٣٢/ب] مختلفان في إيجاب عتق ووصية.

قلنا: قد جعل محمد قوله: أملكه غدًا عبارة عما يجتمع في ملكه، وفي الاجتماع في الغد لإثبات شيء إن ملك قبله أو في ذلك الوقت؛ فكان عملًا بعموم المجاز لا جمعًا بين الحقيقة والمجاز، والله أعلم.

باب العتق على جعل

أَخَّرَ العتق على مال عن سائر الأبواب كما أخر الخلع عن الطلاق؛ لأن المال فيهما غير أصيل؛ فتأخير ما ليس بأصيل عمل على الأصل.

في الصحاح[١]: الجُعل - بالضم -: ما جُعل للإنسان من شيء على شيء يفعله، وكذا الجعالة بالكسر والجيعلة.

قوله: (**فقبل العبد عتق**) أي مذ قبل.

قوله: (**أو بألف درهم**)، وكذا لو قال: على أن لي عليكَ ألفًا، أو على

---

(١) الصحاح للجوهري (٤/ ١٦٥٦).

وَإِنَّمَا يُعتَقُ بِقَبُولِهِ؛ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةُ المَالِ بِغَيرِ المَالِ، إذ العَبدُ لَا يَملِكُ نَفسَهُ، وَمِن قَضِيَّةِ المُعَاوَضَةِ ثُبُوتُ الحُكمِ بِقَبُولِ العِوَضِ لِلحَالِ كَمَا فِي البَيعِ، فَإِذَا قَبِلَ صَارَ حُرًّا، وَمَا شَرَطَ دَينٌ عَلَيهِ حَتَّى تَصِحَّ الكَفَالَةُ بِهِ، بِخِلَافِ بَدَلِ الكِتَابَةِ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ مَعَ المُنَافِي وَهُوَ قِيَامُ الرِّقِّ عَلَى مَا عُرِفَ، وَإِطلَاقُ لَفظِ المَالِ يَنتَظِمُ أَنوَاعَهُ مِن النَّقدِ وَالعَرَضِ وَالحَيَوَانِ، وَإِن كَانَ بِغَيرِ عَينِهِ؛ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةُ المَالِ بِغَيرِ المَالِ فَشَابَهَ النِّكَاحَ وَالطَّلَاقَ وَالصُّلحَ عَن دَمِ العَمدِ، وَكَذَا الطَّعَامُ وَالمَكِيلُ وَالمَوزُونُ إذَا كَانَ مَعلُومَ الجِنسِ، وَلَا تَضُرُّهُ جَهَالَةُ الوَصفِ؛ لِأَنَّهَا يَسِيرَةٌ.

ألف تؤديها، أو على أن تعطيني ألفا، أو على أن تجيبني بألف. وما شرط دين عليه؛ لأنه يسعى وهو حر؛ لأنه عتق بقوله والتزم المال، وله ذمة صالحة للإلزام وقد تأكدت بالعتق بخلاف بدل الكتابة حيث لا يصح الكفالة عنه؛ لأنه يسعى وهو عبد، والمولى لا يستوجب على عبده دينًا، وهو القياس، والكتابة تثبت على خلاف القياس؛ لضرورة حصول الحرية للمكاتب وحصول المال للمولى، فاقتصر على موضع الضرورة، ولم يتعد إلى الكفالة.

وهو معنى **قوله**: (**ثبت مع المنافي...**) إلى آخره، ولأن الكفالة إنما تصح بدَيْنٍ صحيح؛ أي لازم، وهو أن لا يخرج المديون عن وجوبه إلا بالأداء أو بالإبراء، وبدل الكتابة يسقط بدونهما بالتعجيز فلا يصح الكفالة به.

قوله: (**وإطلاق لفظ المال**) أي في **قوله**: (**بغير مال فشابه النكاح...**) إلى آخره من حيث إن الحيوان يثبت دينًا في الذمة في هذه العقود فكذا ههنا، وبه قال مالك وأحمد وفيه خلاف الشافعي، واعتبره بالبيع والإجارة وقد مرَّ في النكاح.

(**معلوم الجنس**) كمائة قفيز حنطة (**ولا تضره جهالة**) الجنس (**والوصف**) بأن لم يقل إنها جيدة أو رديئة أو خريفية أو ربيعية؛ (**لأنها**) جهالة الوصف (**يسيرة**) لا تمنع صحة التسمية تسميه عوضًا ألا ترى أنه لو اشترى شيئًا بعد الغير صح العقد فكذا ههنا إلا أن في البيع إذا لم يُجِزْهُ مالك العبد يفسخ العقد، وههنا أن في البيع لا يفسخ؛ لأن تعذر التسليم يوجب المصير إلى القيمة، والقيمة يجوز

قَالَ: (وَلَو عَلَّقَ عِتقَهُ بِأَدَاءِ المَالِ صَحَّ، وَصَارَ مَأْذُونًا) وَذَلِكَ مِثلُ أَن يَقُولَ: إن أَدَّيتَ إِلَيَّ أَلفَ دِرهَم فَأَنتَ حُرٌّ؛ وَمَعنَى قَولِهِ: صَحَّ أَنَّهُ يُعتَقُ عِندَ الأَدَاءِ مِن غَيرِ أَن يَصِيرَ مُكَاتَبًا؛ لِأَنَّهُ صَرِيحٌ فِي تَعلِيقِ العِتقِ بِالأَدَاءِ وَإِن كَانَ فِيهِ مَعنَى المُعَاوَضَةِ فِي الِانتِهَاءِ عَلَى مَا نُبَيِّنُ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. وَإِنَّمَا صَارَ مَأْذُونًا؛ لِأَنَّهُ رَغَّبَهُ فِي الِاكتِسَابِ بِطَلَبِهِ الأَدَاءَ مِنهُ، وَمُرَادُهُ التِّجَارَةُ دُونَ التَّكَدِّي فَكَانَ إذنًا لَهُ دَلَالَةً.

أن تكون أصلًا ههنا؛ فإنه لو أعتقه على حيوان فجاء بالقيمة يجبر على القبول، ولا مدخل للقيمة في باب البيع، كذا في الإيضاح.

قوله: (ومعنى قوله: صح أنه يعتق عند الأداء من غير أن يصير مكاتبًا)؛ لأن صيغة هذا اللفظ صيغة التعليق؛ فيتعلق عتقه بأداء المال كالتعليق بسائر الشروط، ولهذا لا يحتاج فيه إلى قول العبد ولا يرتدّ برده، وللمولى أن يبيعه قبل الأداء كما في التعليق بسائر الشروط.

قوله: (معاوضة في انتهاء)، فإن قيل: لا يمكن جعله معاوضة؛ لأن البدل والمبدل عند الأداء كله للمولى.

قلنا: لما ثبت عند الأداء معنى الكتابة؛ لأن العتق يقابل المال عند الأداء، ولهذا أجبرنا المولى على قبوله؛ ثبت شرط صحة الكتابة اقتضاءً، وهو أن يصير [العبد أحق](1) بالمؤدى سابقًا على الأداء، وصار كما إذا كاتب العبد على نفسه وماله، وكان الكسب مالا قبل الكتابة؛ فإنه يصير أحق بذلك المال حتى لو أدى بدل الكتابة منه يعتق، كذا في مبسوط شيخ الإسلام.

فإن قيل: العبد المعلق عتقه بأداء المال لو صار أحق بمكاسبه؛ ينبغي أن لا يرجع المولى عليه ثانيًا إذا أدى من مال اكتسبه قبل التعليق، كما في المكاتب ولكن المولى يرجع عليه ههنا.

قلنا: إنما جعل التعليق معاوضة في الانتهاء؛ ضرورة دفع الغرور عن العبد حتى يجبر المولى على قبوله، والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها، فلا يظهر في منع المولى عن الرجوع فيما اكتسبه قبل التعليق، وإن كان يظهر في حق جبر

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

﴿وَإِن أَحضَرَ المَالَ أَجبَرَهُ الحَاكِمُ عَلَى قَبضِهِ، وَعَتَقَ العَبدُ﴾ وَمَعنَى الإِجبَارِ فِيهِ وَفِي سَائِرِ الحُقُوقِ أَنَّهُ يَنزِلُ قَابِضًا بِالتَّخلِيَةِ. وَقَالَ زُفَرُ ﷺ: لَا يُجبَرُ عَلَى القَبُولِ

المولى على القبول، وحصول الأداء من مال المولى لا يمنع صحة الأداء في حصول العتق، كالمستحق لغير المولى بأن كان مغصوبًا لكن لا يجبر على القبول في المغصوب إذا علمه.

فإن قيل: كيف يصير مأذونًا له في التجارة مع اقتصاره على المجلس.

قلنا: من جملة صور الإذن أن يقول: [٥٣٤/أ] إذا أديت أو متى أديت، وفيهما لا يقتصر على المجلس، وفي صورة؛ إن أديت يقتصر على المجلس في ظاهر الرواية، ولا يمنع من صيرورته مأذونًا للتجارة لجواز أن يكتسب في المجلس ما علق عتقه به، واشتغاله بالكسب لا يوجب تبدل المجلس؛ لأنه في تحقيق مقصوده كما لو قالت: ادع لي أبي أستشيره أي شهودًا أشهدهم.

وعن أبي يوسف؛ لا يقتصر على المجلس في صورة إن كما في التعليق بسائر الشروط، وكما في سائر الشروط، وكما في قوله: إذا أَدَّيْتَ أو متى أَدَّيْتَ.

وجه الظاهر؛ أن هذا بمنزلة التعليق بمشيئه العبد ليخيره بين الأداء والامتناع عنه، فكما يتوقف على المجلس في أنتَ حرٌّ إن شئت، يتوقف هنا بخلاف قوله: إذا ومتى؛ لأنهما للوقت فعمّا الأوقات كلها، وإن للشرط لا للوقت فكان هذا طلبًا للمال في الحال، فتقيد به وإنما صار مأذونًا له في التجارة؛ لأنه حثه على أداء المال؛ فيكون هذا تحريضًا له على الاكتساب، ومراده من الاكتساب التجارة دون التكدي(١)؛ لأنها هي المشروعة عند الاختيار. وفي المبسوط(٢): التكدّي؛ أمارة الخساسة.

قوله: (**ومعنى الإجبار**...) إلى آخره؛ فشرطها أن لو مد يده أمكنه قبضه وهو قول الشافعي، لا أن يكون معنى الإجبار في القبض ما هو المشهور عند

(١) التكدّي: هو التسول وطلب الإحسان من الناس. تكملة المعاجم العربية (٩/ ٤٩).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٥/ ٤).

وَهُوَ القِيَاسُ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفُ يَمِين، إذ هُوَ تَعلِيقُ العِتقِ بِالشَّرطِ لَفظًا، وَلِهَذَا لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى قَبُولِ العَبدِ وَلَا يَحتَمِلُ الفَسخَ وَلَا جَبرَ عَلَى مُبَاشَرَةِ شُرُوطِ الأَيمَانِ؛ لِأَنَّهُ لَا استِحقَاقَ قَبلَ وُجُودِ الشَّرطِ، بِخِلَافِ الكِتَابَةِ؛ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ وَالبَدَلُ فِيهَا وَاجِبٌ.

وَلَنَا: أَنَّهُ تَعلِيقٌ نَظَرًا إِلَى اللَّفظِ وَمُعَاوَضَةٌ نَظَرًا إِلَى المَقصُودِ؛ لِأَنَّهُ مَا عَلَّقَ عِتقَهُ بِالأَدَاءِ إِلَّا لِيَحُثَّهُ عَلَى دَفعِ المَالِ فَيَنَالَ العَبدُ شَرَفَ الحُرِّيَّةِ وَالمَولَى المَالَ بِمُقَابَلَتِهِ بِمَنزِلَةِ الكِتَابَةِ، وَلِهَذَا كَانَ عِوَضًا فِي الطَّلَاقِ فِي مِثلِ هَذَا اللَّفظِ، حَتَّى كَانَ بَائِنًا، فَجَعَلنَاهُ تَعلِيقا فِي الِابتِدَاءِ، عَمَلا بِاللَّفظِ وَدَفعًا لِلضَّرَرِ عَنِ المَولَى حَتَّى لَا

الناس، وهو أن يكره على القبض بالتزاحم والحبس؛ لأنه تصرف يمين، ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ، ويمكنه أن يبيعه قبل الأداء أو ينزع فيه غيره أو مات المولى، فأدى العبد إلى وارثه لم يعتق، ولو مات العبد وترك مالًا فللمولى ولا يعتق، ولو حط البعض بطلبه فأدى الباقي لا يعتق؛ لعدم الشرط لو كانت أمة فولدت ثم أدت لا تعتق ولدها لعدم السراية.

ولو أبرأه عن هذا المال لا يعتق ولا يصير العبد أحق باكتسابه في الحال حتى كان للمولى أن يأخذ من كسبه بغير رضاه بخلاف الكتابة في هذا كله، فعلم أنه تصرف يمين، ولا يجبر الحالف على تحصيل شرط الحنث؛ لأن الحنث يتكلف في إعدامه لا في ايجاده؛ فصار كما لو علق عتقه بالدخول وغيره.

وقوله: (تعليق) التعليق بالشرط أيضًا احتراز عن الكتابة، فإنها ليست بتعليق لفظي فإنه لو قال: كاتبتك على كذا صح، وليس فيه تعليق لفظًا؛ إذ التعليق اللفظي إنما يكون بألفاظ الشرط.

قوله: (ولهذا كان عوضًا في الطلاق في مثل هذا اللفظ) بأن قال: إن أديتِ إليَّ ألفًا فأنتِ طالق حتى لو طلقها بهذه الصفة كان بائنًا، وإن أتى بلفظ الصريح الذي لا يقع به إلا رجعيًا.

قوله: (معاوضة) عملا بالشبهين، وقد ذكرنا السؤال والجواب على **قوله: (معاوضة)**. والدليل على كونه معاوضة؛ أنه لو وجد المال زيوفًا فرده له أن يستبدله بالجياد.

يَمتَنِعَ عَلَيهِ بَيعُهُ، وَلَا يَكُونُ العَبدُ أَحَقَّ بِمَكَاسِبِهِ وَلَا يَسرِي إِلَى الوَلَدِ المَولُودِ قَبلَ الأَدَاءِ، وَجَعَلنَاهُ مُعَاوَضَة فِي الِانتِهَاءِ عِندَ الأَدَاءِ دَفعا لِلغُرُورِ عَن العَبدِ حَتَّى يُجبَرَ المَولَى عَلَى القَبُولِ، فَعَلَى هَذَا يَدُورُ الفِقهُ وَتَخرُجُ المَسَائِلُ نَظِيرُهُ الهِبَةُ بِشَرطِ العِوَضِ.

وَلَو أَدَّى البَعضَ يُجبَرُ عَلَى القَبُولِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَعتِقُ مَا لَم يُؤَدِّ الكُلَّ لِعَدَمِ

قوله: (**دفعًا للغرور عن العبد**) فلو لم يجبر المولى عليه لتضرر العبد؛ إذ ما تحمَّل المشقة في اكتساب المال إلا لينال شرف الحرية، ولو أجبر المولى لا يتضرر به لأخذه العوض، وقد رضي بالعتق بأدائه حيث علقه بأدائه.

وفي المبسوط[1]: وفرنا عليه معنى التعليق في الابتداء مراعاة للفظ المولى ودفع الضرر عنه، ووفرنا عليه معنى الكتابة في الانتهاء لدفع الضرر عن العبد، فقلنا: بالتخلية يعتق، أما لو باعه المولى ثم اشتراه ثم أدى المال؛ عن أبي يوسف: يعتق، وهذا وما قبل البيع سواء؛ لأن التعليق لا يبطل بالبيع.

وفي الزيادات: لا يجبر المولى على القبض؛ لأن معنى التعليق لا يبطل بالبيع؛ ولكن معنى الكتابة تبطل بنفوذ البيع، وأما قبل البيع فمعنى الكتابة باق كما بينا.

قوله: (**فعلى هذا**)، أي فعلى][2] العمل بالشبهين (**يدور الفقه**) أي: المعنى الفقهي وتخرج المسائل؛ نظيره الهبة بشرط العوض جعلناها هبة ابتداء حتى لا تفيد الملك قبل القبض، ولا يجبر على تسليمه، وتفسد بالشيوع فيما يحتمل القسمة ولا يستحق فيها الشفعة قبل القبض، ولا يرد بالعيب، وبعد القبض جعلناه بيعًا، حتى يستحق بها الشفعة ويردها بالعيب، ويترتب عليها بعد القبض أحكام البيع حتى لا يتمكن الواهب من الرجوع.

قوله: (**ولو أدى البعض يجبر...**) إلى آخره كذا في الإيضاح؛ لأن الإجبار يثبت في الكل فيثبت في البعض كما في الكتابة.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ١٤٤).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

الشَّرطِ، كَمَا إذَا حَطَّ البَعضَ وَأَدَّى البَاقِيَ. ثُمَّ لَو أَدَّى أَلفاً اكتَسَبَهَا قَبلَ التَّعلِيقِ، رَجَعَ المَولَى عَلَيهِ وَعَتَقَ لِاستِحقَاقِهَا، وَلَو كَانَ اكتَسَبَهَا بَعدَهُ لَم يَرجِع عَلَيهِ؛ لِأَنَّهُ مَأذُونٌ مِن جِهَتِهِ بِالأَدَاءِ مِنهُ، ثُمَّ الأَدَاءُ فِي قَولِهِ: «إن أَدَّيتَ» يَقتَصِرُ عَلَى المَجلِسِ؛ لِأَنَّهُ تَخيِيرٌ، وَفِي قَولِهِ: «إذَا أَدَّيتَ» لَا يَقتَصِرُ؛ لِأَنَّ إذَا تُستَعمَلُ لِلوَقتِ بِمَنزِلَةِ مَتَى.

[٥٣٣/ب] وقال شيخ الإسلام في مبسوطه: لا يجبر؛ لأن معنى الكتابة يثبت عند أداء جميع المال عندنا، فإذا لم يؤده لا يثبت معنى الكتابة، وكذا لو أدّى البعض وحط المولى البعض، وأبرأه عن الكل لا يعتق؛ لأن شرط عتقه أداء الكل.

قوله: ولما ذكرنا أن الأداء حصل بمال مستحق وذا لا يمنع صحة الأداء.

وقوله: **(لاستحقاقها)** تعليل لقوله: **(رجع)** لا لقوله: **(عتق)**؛ أي رجع المولى بالألف التي أداها العبد وعتق؛ لأنها مستحقة للمولى؛ إذ العبد وما في يده لمولاه فكان أدى ملك المولى لمولاه، وعتق لوجود شرط العتق، ووجب عليه ألف أخرى؛ لأن المولى إنما رضي بعتقه بمقابلة ألف تحصل له؛ إذ مقصود المولى أن يحثه على الاكتساب ليؤدي من كسبه فيملك المولى ما لم يكن له مالكًا قبل هذا، وبأداء مال المولى إليه لا يحصل هذا المقصود؛ فيرجع عليه بمثله دفعًا للضرر عن المولى كذا في المبسوط[1].

قوله: **(لأنه)** أي العبد **(مـأذون من جهته)**؛ أي جهة المولى **(بالأداء)** من ذلك الكسب فيمتنع ظهور ملك المولى فيه، ويكون الباقي للمولى؛ لأنه صار مأذونًا له في التجارة، ومال المأذون له فإذا فرغ من حاجته لمولاه كذا في المحيط.

قوله: **(يقتصر على المجلس)** أي في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف؛ لا يقتصر وقد تقدم.

وفي المبسوط: لو اختلفا في مقدار المعلق بأدائه فالقول للمولى؛ لأنه ينكر الشرط والبينة للعبد، ولو قال: أنت حرّف على ألف؛ فقبل حتى عتق، ثم اختلفا فالقول للعبد لإنكاره بعد عتقه.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ١٤٥).

(وَمَن قَالَ لِعَبدِهِ: أَنتَ حُرٌّ بَعدَ مَوتِي عَلَى أَلفِ دِرهَم، فَالقَبُولُ بَعدَ المَوتِ) لِإِضَافَةِ الإِيجَابِ إِلَى مَا بَعدَ المَوتِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: أَنتَ حُرٌّ غدا بِأَلفِ دِرهَم، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: أَنتَ مُدَبَّرٌ عَلَى أَلفِ دِرهَم، حَيثُ يَكُونُ القَبُولُ إِلَيهِ فِي الحَالِ؛ لِأَنَّ إِيجَابَ التَّدبِيرِ فِي الحَالِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجِبُ المَالُ لِقِيَامِ الرِّقِّ.

قَالُوا: لَا يُعتَقُ عَلَيهِ فِي مَسأَلَةِ الكِتَابِ، وَإِن قَبِلَ بَعدِ المَوتِ مَا لَم يُعتِقهُ الوَارِثُ؛ لِأَنَّ المَيِّتَ لَيسَ بِأَهلٍ لِلإِعتَاقِ، وَهَذَا صَحِيحٌ.

وفي الخزانة لو قال: إذا أديت إليَّ ألفًا كل شهر مائة؛ فهو مكاتب لا يجوز بيعه.

قوله: (إلا أنه لا يجب المال لقيام الرق) والمولى لا يستوجب على عبده دينًا.

فإن قيل: لما لم يجب المال ما فائدة تعليق التدبير بالقبول؟.

قلنا: هذا تعليق التدبير بالقبول لا إيجاب المال بالقبول؛ فكان بمنزلة قوله: إن قبلتَ ألفَ درهم فأنتَ مدبرٌ فقَبِل كان مدبّرًا، ويجوز تعليق التدبير بالقبول وإن لم يُجِب القبولُ المالَ، كما لو علق تدبيره بدخول الدار فدخل كان مدبرا ولم يجب المال، ثم إذا لم يجب المال مع قيام رقه؛ لأن المدبر ملك المولى والمولى لا يستوجب على مملوكه دينًا؛ فيسقط المال ضرورة بخلاف ما إذا أعتقه على مال؛ لأن هناك الموال يجب على العتق، والمولى يستوجب على معتقه دينًا كذا في الذخيرة.

قوله: (في مسألة الكتاب) وهو؛ **(قال لعبده: أنت حر بعد موتى على ألف)**.

قوله: (ما لم يعتقه الوارث) قال التمرتاشي: أو الوصي أو القاضي إن امتنعا عن إعتاقه؛ لأن العتق متى تأخر عن الموت يحتاج إلى التقييد، ويعتق من ثلث ماله، **(وهذا)**؛ أي قولهم: **(لا يعتق ما لم يعتقه)** لما ذكر في الكتاب من عدم أهلية الميت للإعتاق في ذلك الوقت.

فإن قيل: أهلية المعتق ليست بشرط حال وجود الشرط؛ بل حال التعليق، ولهذا لو علق طلاق امرأته أو عتاق عبده بشرطٍ ثم جُنَّ، ثم وجد الشرط وهو

قَالَ: (وَمَن أَعتَقَ عَبدَهُ عَلَى خِدمَتِهِ أَربَعَ سِنِينَ، فَقَبِلَ العَبدُ، فَعَتَقَ ثُمَّ مَاتَ مِن سَاعَتِهِ، فَعَلَيهِ قِيمَةُ نَفسِهِ فِي مَالِهِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: عَلَيهِ

مجنون يقع الطلاق والعتاق، ويعتق في مسألة المدبر من غير وقف على إعتاق الوارث، والتدبير تعليق العتق بالموت؛ فعلم أن الأهلية ليست بشرط وقت وجود الشرط.

قلنا: الفرق بين تلك المسائل وبين مسألتنا؛ أن الاختلال الأهلية في تلك المسائل في حق المعلق لا غير، وفي مسألتنا الاختلال في موضعين في حق المعلق، وفي حق المحل؛ إذ العبد يصير ملكا للوارث فلم يمكن تنفيذ ما علقه في ملك الغير.

أما في مسألة الجنون بالتنفيذ في ملك المعلق، وكذا في مسألة التدبير؛ إذ التنفيذ في الثلث، والثلث حقه ولهذا لو لم يكن له مال؛ يعتق ثلثه ويسعى في ثلثيه. إليه أشير في المبسوط.

وقال قاضي خان والتمرتاشي: إذا لم يعتق ههنا بدون إعتاق الوارث؛ لأن العتق تأخر عن الموت إلى أن يقبل، والعتق متى تأخر عن الموت؛ لا يثبت إلا بإثبات واحد من هؤلاء من الوارث والوصي والقاضي؛ لأنه صار بمنزلة الوصية بالإعتاق وصار كما لو قال: أنتَ حرّ بعد موتي بشهر بخلاف المدبر؛ لأن عتقه تعلق بنفس الموت؛ فلا يشترط إعتاق أحد من هؤلاء.

قوله: (**فَقَبِلَ العَبْدُ فَعَتَقَ ثُمَّ مَاتَ**)، وفي المبسوط[(١)]: قال لعبده: أنت حر على أن تخدمني سنة فقبِل فهو حرٌّ [٥٣٤/أ] والخدمة عليه؛ لأنه أوجب له العتق بقبول الخدمة. أما لو قال: إن خدمتني أربع سنين؛ فأنت حر لا يعتق حتى توجد الخدمة أربع سنين؛ لأنه أوجب له العتق بوجود الخدمة، فلو مات المولى؛ فلورثته أن يأخذوه بما بقي من خدمة السنة من خدمته في قياس قول أبي حنيفة الآخر، وهو قول أبي يوسف.

وفي قول محمد يأخذونه بما بقي من خدمه السنة؛ لأن الخدمة دين عليه

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ١٤٨).

قِيمَةُ خِدمَتِهِ أَربَعَ سِنِينَ)(*) أَمَّا العِتقُ فَلِأَنَّهُ جَعَلَ الخِدمَةَ فِي مُدَّة مَعلُومَة عِوَضًا فَيَتَعَلَّقُ العِتقُ بِالقَبُولِ، وَقَد وُجِدَ وَلَزِمَهُ خِدمَةُ أَربَعِ سِنِينَ؛ لِأَنَّهُ يَصلُحُ عِوَضًا، فَصَارَ

فيخلفه وارثه بعد موته؛ كما لو أعتقه على ألف واستوفى بعضه ثم مات ما لهم أن يؤاخذوه بما بقي من الألف، ولكن في ظاهر الرواية؛ يأخذونه بما بقي من خدمة السنة في قولهما؛ لأن الناس يتفاوتون في الخدمة، وإنما الشرط أن يخدم المولى، وقد فات بالموت كما يفوت بموت العبد؛ فإنهم يأخذون من تركة العبد قدر ما بقي من خدمة السنة من قيمته على قولهما، وعند محمد من قيمة الخدمة.

قال شمس الأئمة[١]: هذا العذر ليس بقوي فإن الخدمة عبارة عن خدمة البيت، وهي معروفة لا يتفاوتون فيها، فلا تفوت بموت المولى، ولكن الأصح أن نقول: الخدمة عبارة عن المنفعة، والمنفعة لا تورث؛ فلا يمكن إيفاء عين الخدمة بعد موت المولى، فلهذا كان المعتبر قيمته أو قيمة الخدمة على حسب ما اختلفوا فيه.

قوله: (**أما العتق...**) إلى آخره؛ أي العتق بسبب العوض ينزل بقبول العوض قبل الأداء، كما لو أعتقه على مال آخر، كذا في جامع قاضي خان والفوائد الظهيرية.

قوله: (**لأنه**)؛ أي الخدمة على تأويل المذكور (**يصلح عوضًا**)؛ لأن المنفعة أخذت حكم المالية بالعقد، ولهذا صلحت مهرًا مع أنه تعالى شرع ابتغاء الأعواض بالأموال، وبقيمة نفسه عندهما، كما هو الحكم في مبادلة المال إذا تعذر تسليم العوض يجب رد المعوض، وقد تعذر عليه رد المعوض، وهو رقبته فتلزمه قيمته في قول أبي حنيفة الأول، وهو قول محمد؛ لأن هذا عقد لا يحتمل النقض والفسخ بعد ثبوت العتق؛ فصار كالنكاح والطلاق والصلح عن دم العمد.

وجه قولهما في مسألة إعتاق العبد على خدمته أربع سنين؛ أن هذا معاوضة مال بمال، وكذا المنفعة بإيراد العقد عليها، ولهذا صلحت مهرًا؛ فلما كان كذلك كان بمنزلة لو باع عبدًا بجارية، ثم استحقت الجارية يرجع عليه بقيمة

(*) **الراجح**: قول محمد.

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ١٤٨).

كَمَا إِذَا أَعتَقَهُ عَلَى أَلفِ دِرهَم، ثُمَّ إِذَا مَاتَ العَبدُ فَالخِلَافِيَّةُ فِيهِ بِنَاء عَلَى خِلَافِيَّة أُخرَى، وَهِيَ أَنَّ مَن بَاعَ نَفسَ العَبدِ مِنهُ بِجَارِيَة بِعَينِهَا ثُمَّ استُحِقَّت الجَارِيَةُ أَو هَلَكَت يَرجِعُ المَولَى عَلَى العَبدِ بِقِيمَةِ نَفسِهِ عِندَهُمَا وَبِقِيمَةِ الجَارِيَةِ عِندَهُ وَهِيَ مَعرُوفَةٌ. وَوَجهُ البِنَاءِ: أَنَّهُ كَمَا يَتَعَذَّرُ تَسلِيمُ الجَارِيَةِ بِالهَلَاكِ وَالِاستِحقَاقِ يَتَعَذَّرُ الوُصُولُ إِلَى الخِدمَةِ بِمَوتِ العَبدِ، وَكَذَا بِمَوتِ المَولَى فَصَارَ نَظِيرَهَا.

(وَمَن قَالَ لِآخَرَ: أَعتِق أَمَتَك عَلَى أَلفِ دِرهَم، عَلَى أَن تُزَوِّجنِيهَا، فَفَعَلَ،

العبد لا بقيمة الجارية؛ لكونه معاوضة مال بمال.

غاية ما في الباب؛ أن العبد لا يملك نفسه حكمًا بهذا الإعتاق؛ لكن ذلك لا يقدح في كونه معاوضة مال بمال.

ألا ترى أن من اشترى عبدًا قد أقر بحريته؛ لا يثبت الملك له في رقبته، ولكن معاوضة مال بمال، ألا ترى أن من اشترى عبدًا كذا في الفوائد الظهيرية.

وفي المحيط والإسْبِيجابي: ذكر قولهما وقول محمد كما ذكر في الكتاب، وعلى هذا لو أعتق ذمي عبده على خمر أو خنزير يعتق بالقبول؛ فإن أسلم أحدهما قبل قبض الخمر فعندهما على العبد قيمته، وعند محمد عليه قيمة الخمر.

وفي الإسْبِيجابي: لو خدمه سنة ثم مات أحدهما عليه ثلاثة أرباع قيمته على قولهما، وعلى قول محمد: عليه قيمة ثلاث سنين، ولو لم يستحق الجارية ولكن ردها بعيب فهو على هذا الخلاف إن كان عيبًا فاحشًا، وإن كان غير فاحش فكذلك عندهما، وعند محمد؛ لا يقدر على ردها؛ لأن هذا مبادلة بغير مال فأشبه النكاح، والمرأة لا تقدر على رد مهرها في العيب اليسير.

وقد ذكره في نكاح الجامع، ولو قال: إن خدمتني سنة فأنت حر فخدمه أقل من سنة أو أعطاه مالًا عوضًا عن خدمته؛ لم يعتق، أو قال: إن خدمتني وأولادي سنة فمات بعض أولاده لا يعتق.

قوله: (أعتقه) عنَى عليَّ... إلى آخره لم يذكر في عامة النسخ لفظة: علي، قيل: على أن تزوجنيها، وهو الموافق بلفظ جامع شمس الأئمة، ولأنه يستفاد معنى الوجود من غير ذكره، وألحق في بعض النسخ على؛ ليكون أدل على المراد.

فَأَبَت أن تَتزَوَّجَهُ، فَالعِتقُ جَائِزٌ، وَلَا شَيءَ عَلَى الآمِرِ)؛ لِأَنَّ مَن قَالَ لِغَيرِهِ أَعتِق عَبدَك عَلَى أَلفِ دِرهَم عَلَيَّ فَفَعَلَ، لَا يَلزَمُهُ شَيءٌ وَيَقَعُ العِتقُ عَلَى المَأمُورِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لِغَيرِهِ: طَلِّق امرَأَتَك عَلَى أَلفِ دِرهَم عَلَيَّ فَفَعَلَ حَيثُ يَجِبُ الأَلفُ عَلَى الآمِرِ؛ لِأَنَّ اشتِرَاطَ البَدَلِ عَلَى الأَجنَبِيِّ فِي الطَّلَاقِ جَائِزٌ، وَفِي العَتَاقِ لَا يَجُوزُ وَقَد قَرَّرنَاهُ مِن قَبلُ. (وَلَو قَالَ: أَعتِق أَمَتَك عَنِّي عَلَى أَلفِ دِرهَم وَالمَسأَلَةُ بِحَالِهَا قُسِّمَت الأَلفُ عَلَى قِيمَتِهَا وَمَهرِ مِثلِهَا، فَمَا أَصَابَ القِيمَةَ أَدَّاهُ الآمِرُ، وَمَا أَصَابَ المَهرَ بَطَلَ عَنهُ)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا قَالَ: «عَنِّي» تَضَمَّنَ الشِّرَاءُ اقتِضَاء عَلَى مَا عُرِفَ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ فَقَد قَابَلَ الأَلفَ بِالرَّقَبَةِ شِرَاء وَبِالبُضعِ نِكَاحًا فَانقَسَمَ عَلَيهِمَا، وَوَجَبَت

وذكر شمس الأئمة: أن المرأة لا تجبر على تزويج نفسها منه بعد العتاق في المسألتين؛ لأنها صارت حرة مالكة أمر نفسها بمنزلة من أعتق أمته على أن تزوج نفسها منه؛ فقبلت ثم أبت بعد العتاق لم تجبر على ذلك، (وقد قررناه) [٥٣٤/ب]؛ أي في باب الخلع؛ أي في مسألة خلع الأب ابنته الصغيرة على وجه الإشارة في بدل العتق على الأجنبي.

قوله: (والمسألة بحالها)، أي: قال: علَى أن تزوجنيها ففعل فأبت أن تزوجه قسمت الألف علَى ما عرف، وهو أن العتق لا يقع عن الآمر بدون ملكه.

فإن قيل: ههنا شبهان أحدهما: أنه وجب أن لا يعتق الأمة قبل القبض؛ لأن البيع فيها فاسد لا تُبَعْ بما يخصها من الألف على اعتبار عليها، وعلى منافع بضعها، والبيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض.

ألا ترى أنه لو قال: أعتقها عني يقع العتق عن المأمور لا عن الآمر؛ لأنه استيهاب، والهبة لا تفيد الملك بدون القبض.

والثانية: أن العوض لو وجب في هذا؛ ينبغي أن يكون ذلك العوض قيمتها لا ما يخصها من الألف أنه سمت؛ لأن البيع فاسد لما ذكرنا، أو لأنه أدخل النكاح في البيع، وإدخال الصفقة في الصفقة مفسد للبيع، والبيع الفاسد موجب للقيمة كاملة، والقول بما يخصها من الثمن موجب البيع الصحيح.

حِصَّةُ مَا سَلَّمَ لَهُ، وَهُوَ الرَّقَبَةُ وَبَطَلَ عَنهُ مَا لَم يُسَلِّم وَهُوَ البُضعُ، فَلَو زَوَّجَت نَفسَهَا مِنهُ لَم يَذكُرهُ. وَجَوَابُهُ: أَنَّ مَا أَصَابَ قِيمَتَهَا سَقَطَ فِي الوَجهِ الأَوَّلِ وَهِيَ لِلمَولَى فِي الوَجهِ الثَّانِي، وَمَا أَصَابَ مَهرَ مِثلِهَا كَانَ مَهرًا لَهَا فِي الوَجهَينِ.

قلنا: قد ذكر شمس الأئمة الجواب في المسألة الأولى أن الأمة تنتفع بهذا الإعتاق عن هذا الوجه تصير قابضة نفسها أدنى قبض، وهو يكفي في البيع الفاسد ولا يكفي في الهبة كالقبض مع الشيوع فيما يحتمل القسمة، ومع اتصال الثمار على رؤوس الأشجار، يكفي لوقوع الملك في البيع الفاسد دون الهبة فوضح الفرق، كذا في الفوائد الظهيرية.

وأما الثانية؛ أن منافع البضع متقومة عند إيراد العقد عليها وقران ما هو متقوم في نفسه، وإن كان يجب للمبيع ما يخصه من الثمن على ما ذكر فيمن جمع بين عبد ومدبر في البيع، وأما على تقدير إدخال الصفقة في الصفقة؛ فالنكاح ثبت للبيع هنا فلا يلتفت بوروده؛ لأن أحكام الضمنيات ثبت بشرط المُتضمِّن لا بشروط المُتَضَمَّن، وذكر فخر الإسلام والكشاني؛ لم يبطل البيع بشرط النكاح؛ لأنه مدرج في الأعيان، وأخذ حكمه فلا يبطل بالشرط الفاسد كالإعتاق.

قوله: (فلو زوجت نفسها منه) أي: في المسألتين لم يذكره محمد في الجامع الصغير. **(ما أصاب قيمتها سقط)** لعدم الضمان **(في الوجه الأول)**، وهو ما إذا لم يقل («عنّي»). **(وهو)** أي ما أصاب قيمتها، وفي بعض وهي حصة القيمة للمولى في الوجه الثاني وهو ما إذا قال فيه عَنَى

(في الوجهين)؛ أي في الذي قال عني ولم يقل عَنَى.

قال التمرتاشي: فإن تزوجت فلها مهرها، ولا يكون عتقها مهرا؛ لأنه ليس بمالٍ وعن أبي يوسف أنه جعل العتق مهرًا؛ لأنه عليه السلام أعتق صفية ونكحها وجعل عتقها مهرها[(١)].

قلنا: أنه عليه السلام مخصوص بالنكاح بغير مهر؛ فإن أبت فعليه قيمتها؛

---

(١) أخرجه البخاري (٧/ ٦ رقم ٥٠٨٦)، ومسلم (٢/ ١٠٤٣ رقم ١٣٦٥) من حديث أنس رضي الله عنه.

بَابُ التَّدبِيرِ

(إذَا قَالَ المَولَى لِمَملُوكِهِ: إذا مِتُّ فَأَنتَ حُرٌّ، أَو أَنتَ حُرٌّ عَن دُبُرٍ مِنِّي، أَو أَنتَ مُدَبَّرٌ، أَو قَد دَبَّرتُكَ، فَقَد صَارَ مُدَبَّرًا) لِأَنَّ هَذِهِ الأَلفَاظَ صَرِيحٌ فِي التَّدبِيرِ، فَإِنَّهُ

لأن الشرط فات، وكذا لو أعتقت عبدًا على أن يتزوجها؛ فإن فعل فلها مهرها، وإن أبى فعليه قيمته.

باب التدبير

لما فرغ عن الإعتاق المطلق عن القيد، شرع في الإعتاق المقيد، وهو التدبير المقيد بمنزلة المركّب، والمطلق بمنزلة المفرد، والمركّب بعد المفرد لا محالة.

التدبير لغة: هو النظر في عاقبة الأمر، كذا ذكره في الصحاح[(١)]. وفي المجمل[(٢)]: يقال دابر الرجل مدابر إذا مات، وسُمِّي العتق بعد الموت؛ لأنه إعتاق في دبر الحياة.

وشرعًا: هو العتق المودع في المملوك بعد موت المالك.

(عن دبر منّي) مأخوذ من قول النبي عليه السلام في أم الولد: «**فهي معتقة عن دبر منه**»[(٣)]، كذا في المبسوط[(٤)].

قوله: (إذا مت)، وكذا إذا قال: إن مت.

وفي الإيضاح والتحفة والينابيع: ألفاظه ثلاثة أنواع:

أحدها: الصريح كقوله: دبرتكَ أو أنتَ مدبرٌ أو أنتَ حرٌّ عن دبرٍ منّي،

(١) الصحاح للجوهري (٢/ ٦٥٥).
(٢) مجمل اللغة لابن فارس (ص: ٣٤٥).
(٣) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٤١ رقم ٢٥١٥)، وأحمد (١/ ٣٠٣ رقم ٢٧٥٩)، والدارقطني (٥/ ٢٣٠ رقم ٤٢٣٠) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
قال البوصيري: هذا إسناد ضعيف حسين بن عبد الله بن عبيد الله بن عبد الله الهاشمي تركه علي بن المديني وأحمد بن حنبل والنسائي، وضعفه أبو حاتم وأبو زرعة، وقال البخاري: يقال إنه كان يتهم بالزندقة. مصباح الزجاجة (٨٩٦).
(٤) المبسوط للسَّرَخسِي (٧/ ١٧٨).

إِثبَاتُ العِتقِ عَن دُبُر (ثُمَّ لَا يَجُوزُ بَيعُهُ وَلَا هِبَتُهُ وَلَا إِخرَاجُهُ عَن مِلكِهِ إِلَّا إِلَى الحُرِّيَّةِ) كَمَا فِي الكِتَابَةِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ تَعلِيقُ العِتقِ بِالشَّرطِ فَلَا يَمتَنِعُ بِهِ البَيعُ وَالهِبَةُ كَمَا

وكذا حررتكَ وأعتقتُ أو أنتَ محرر أو عتيق معتق بعد موتي يصير مدبَّرًا.

والثاني: بلفظة اليمين مثل قوله: إن متُّ أو حدث بي حادث، والمراد بالحادث الموت عادة فأنتَ حر، وكذا إذا قال: مع موتي، فإن هذا تعليق العتق بالموت؛ لأن قران الشيء بالشيء يقتضي وجوده عنده، ولذا لو قال: في موتي.

وروى هشام محمد في قوله: أنت مدبر بعد موتي يصير مدبَّرًا للحال؛ لأن المدبر اسم لمن يعتق عن دبر موته، فكان قوله: أنت مدبر بعد موتي [٥٣٥/أ]، وأنت حر بعد موتي سواء، وكذا لو قال: أعتقتكَ بعد موتي أو حررتكَ.

والثالث: بلفظة الوصية بأن قال: أوصيت لك برقبتك، أوصيت لك بعتقك أو بنفسك، فالكل سواء، وكذا لو قال: أوصيت بثلث مالي فيدخل رقبته منه؛ لأن رقبته من جملة ماله، فكان موصى له بثلث ماله برقبته.

وفي المنهاج: صريحه أنت حر بعد موتي أو إذا مت فأنت حر أو أعتقتك بعد موتي، وكذا دبرتك أو أنت مدبر في المذهب، والتدبير تعليق العتق بصفة، وفي قول: وصية.

وفي المغني[١]: صريحه أنت مدبر أو دبرتك أو أنت حر بعد موتي، وكذا لو علق صريح العتق بالموت.

وفي الكافي: لو قال: أنت حر أو مدبر أو عتيق يوم أموت يصير مدبرًا أو المراد باليوم الوقت؛ لأنه قرن به ما لا يمتد، ولو نوى النهار دون الليل لا يكون مدبرًا مطلقًا؛ لجواز أن يموت ليلًا، فقال: أنت حر أو محرر أو عتيق أو معتق بعد موتي يصير مدبرًا بلا خلاف.

ثم حكمه ما ذكر في الكتاب **بقوله**: **(ثم لا يجوز بيعه...)** إلى **قوله**: **(وقال الشافعي)**.

---

(١) المغني لابن قدامة (١٠/ ٣٤٣).

فِي سَائِرِ التَّعلِيقَاتِ وَكَمَا فِي المُدَبَّرِ المُقَيَّدِ، وَلِأَنَّ التَّدبِيرَ وَصِيَّةٌ، وَهِيَ غَيرُ مَانِعَة مِن ذَلِكَ.

وقولنا قول عامة العلماء والسلف من الحجازيين في الشاميين والكوفيين، وهو مروي عن عمر وعثمان وابن مسعود وزيد بن ثابت، وبه قال شريح وقتادة وجماعة غيرهم ومالك.

وقال الشافعي وأحمد وداود: يجوز بيعه عند الحاجة وغيرها، وإذا مات مولاه عتق من ثلث ماله، وإن كان عليه دين يسعى في جميع قيمته ولا يباع في الدين عند الجمهور، وعند مالك يباع في الدين حال حياة سيده وبعد موته.

وقال ابن مسعود ومسروق ومجاهد وابن جبير: يعتق من رأس المال، وبه قال زفر والليث بن سعد.

احتج الشافعي بما روي عن جابر بن عبد الله أن رجلًا من الأنصار عتق عبدًا له عن دبر منه ولم يكن له مال غيره فدعا به رسول الله ﷺ، وقال: «**من يشتريه؟**» فاشتراه نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم فدفعها إليه. أخرجه مسلم وأبو داود والنسائي[(١)].

وقال ابن قدامة في المغني[(٢)]: متفق عليه، وهو غلط منه، وإنما هو من مفردات مسلم من روايته عن أبي الزبير عن جابر، وهو مدلّس فلا يحتج به.

وعن عطاء بن أبي رباح عن جابر بن عبد الله أن رجلًا أعتق غلامًا له عن دبر منه، ولم يكن له مال غيره، فأمر به النبي ﷺ فبيع بسبعمائة أو تسعمائة. رواه البخاري، ومسلم، وأبو داود، والنسائي، وابن ماجه[(٣)].

ولأن التدبير؛ إما تعليق العتق بالشرط فلا يمنع جواز البيع كالتعليق بسائر

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٨٩ رقم ٩٩٧) وأبو داود (٤/ ٢٧ رقم ٣٩٥٧) والنسائي (٥/ ٦٩ رقم ٢٥٤٦).

(٢) المغني لابن قدامة (١٠/ ٣٤٩).

(٣) أخرجه البخاري (٣/ ٦٩ رقم ٢١٤١)، ومسلم (٢/ ٦٩٢ رقم ٩٩٧)، وأبو داود (٤/ ٢٧ رقم ٣٩٥٥)، والنسائي (٥/ ٦٩ رقم ٢٥٤٦)، والترمذي (٢/ ٥١٩ رقم ١٢١٩)، وابن ماجه (٢/ ٨٤٠ رقم ٢٥١٣).

ولَنَا: قَولُهُ ﷺ: «المُدَبَّرُ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ وَهُوَ حُرٌّ مِن الثُّلُثِ» وَلِأَنَّهُ سَبَبُ الحُرِّيَّةِ؛ لِأَنَّ الحُرِّيَّةَ تَثبُتُ بَعدَ المَوتِ وَلَا سَبَبَ غَيرَهُ؛ ثُمَّ جَعَلَهُ سَبَبًا فِي الحَالِ

الشروط أو وصية، ولهذا يعتبر من الثلث، والوصية لا تمنع وغيره كما لو [أوصى][١] برقبته لإنسان غيره.

ولنا حديث نافع، عن ابن عمر: أنه عليه السلام قال: «**المدبَّر لا يباعُ ولَا يوهبُ ولا يورثُ**»[٢]. احتج به الطحاوي والكرخي والرازي وأبو الوليد ابن رشد المالكي وغيرهم من الأئمة، وروى أبو الوليد الباجي أن عمر ﷺ رد بيع المدبر في مَلَإٍ خير القرون وهم حضور متوافرون، وهو إجماع منهم على عدم جواز بيعه.

وأما حديث جابر؛ فحكاية فعل أو حكاية حال ولا عموم لها، وإنما كان يتعارض ما ذكرناه أن لو كان قال: بيع المدبر جائز أو يحمل على المدبر المقيد وهو جائز بالاتفاق، ولأن الإمام لا يلي بيع أموال الناس فهو متروك الظاهر، وقد روي عنه عليه السلام أنه خدمه المدبّر، وهو رواية جابر، ذكره أبو الوليد المالكي مع أصحابنا، وإنما تجوَّز الراوي في اللفظ، والإجارة بيع المنفعة وهي نوع من البيوع.

وفي المبسوط[٣]: عن أبي جعفر محمد الباقر بن علي زين العابدين أنه عليه السلام إنما باع خدمة المدبر لا رقبته[٤]، والإجارة تسمى بيعًا بلغة أهل المدينة كما رواه جابر، ويحتمل أنه كان في وقت كان فيه بيع المدبر جائز ثم نسخ بقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] ذكره في الناسخ والمنسوخ، وما روينا محكم لا يمكن أن يُحمَلَ على محملٍ غير ما قلنا.

قوله: (ولأنه) أي التدبير المطلق **(سبب الحرية)**، فإن الحرية تثبت بعد الموت بالإجماع ولا سبب غير التدبير، فيكون التدبير **(سببًا في الحال)** بخلاف

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

(٢) تقدم تخريجه قريبا.

(٣) المبسوط للسَّرَخسِي (٧/ ١٧٩).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (٤/ ٤٥٣ رقم ٢٢٠٥٨).

وضعفه البيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ٣١٢ رقم ٢٢٠٧٥).

أَولَى لِوُجُودِهِ فِي الحَالِ وَعَدَمِهِ بَعدَ المَوتِ؛ وَلِأَنَّ مَا بَعدَ المَوتِ حَالَ بُطلَانِ أَهلِيَّةِ التَّصرُّفِ فَلَا يُمكِنُ تَأخِيرُ السَّبَبِيَّةِ إِلَى زَمَانِ بُطلَانِ الأَهلِيَّةِ، بِخِلَافِ سَائِرِ التَّعلِيقَاتِ؛

سائر التعليقات؛ (**لوجوده**) أي لوجود المدبر في الحال، (**وعدمه**) أي عدم المدبر؛ يعني جعل سببًا في حال وجوده أولى من جعله سببًا في حال عدمه.

ولا يقال: إنه موجود حكمًا [٥٣٥/ب] بعد موته، وإن كان معدومًا كما جعل كالموجود في بعض الأحكام؛ لأنا نقول: الشيء إنما يعتبر موجودًا حكمًا إذا أمكن وجوده حقيقة ولا إمكان لوجوده حقيقة بعد موته لاستحالة وجود الفعل من الميت، ولا يمكن تقديره حيًّا **بعد** الموت؛ لأن هذا الحكم لا يثبت إلا إذا حكم الشرع بموته، ومتى حكم الشرع بموته استحال أن يحكم فيه بحياته؛ لإفضائه إلى التناقض، وبقاء بعض الأحكام لا يدل على تقديره حيًّا حكمًا.

قوله: (**بخلاف سائر التعليقات**) متعلق **بقوله**: (**حال بطلان الأهلية**) يعني أهلية المتصرف باقية في سائر التعليقات عند وجود الشرط أما ههنا لا تبقى أهلية التصرف بعد موته، فلو لم يجعله سببًا في الحال لغا كلامه من كل وجه.

فإن قيل: وجود أهلية المعلق حال وجود الشرط؛ ليس بشرط كما مر أن لو علق الطلاق أو العتاق، ثم جُنَّ ثم وجد الشرط وهو مجنون يقعان؛ فكان التدبير بمنزلة سائر التعليقات.

قلنا: الأهلية فيما نحن فيه تبطل من وجه، وفي المجنون من وجه فإنه أهل للملك وزواله، ولا يكون أهلًا لإيقاع الطلاق والعتاق. ألا ترى أن الولي لو زوَّجه امرأة يصح النكاح، ولو باشر هو بنفسه أسباب حرمة المصاهرة، ولو ارتد أبواه ولحقا بدار الحرب تثبت الحرمة بينه وبين منكوحته.

وفي الموت تبطل الأهلية من كل وجه، ألا ترى أن نفس التعليق يبطل بالموت ولا يبطل بالجنون؛ فعلى هذا لا يلزم من عدم اشتراط تلك الأهلية عدم اشتراط هذه الأهلية، ولأن ما نحن فيه تعليق العتق ابتداء بحال بطلان الأهلية من وقت التعليق، فلو لم يقل أنه سبب في الحال؛ لغا كلامه من كل وجه؛ لبطلان الأهلية حال وجود الشرط قطعًا.

وفي مسألة المجنون قد صح التعليق لصدوره من أهله في محله، والظاهر بقاء

لِأَنَّ المَانِعَ مِن السَّبَبِيَّةِ قَائِمٌ قَبلَ الشَّرطِ، لِأَنَّهُ يَمِينٌ وَاليَمِينُ مَانِعٌ وَالمَنعُ هُوَ المَقصُودُ، وَأَنَّهُ يُضَادُّ وُقُوعَ الطَّلَاقِ وَالعَتَاقِ، ....

أهليته إلى وجود الشرط؛ لأن الظاهر من كل موجود بقاؤه باستصحاب الحال، فلما صحَّ التعليق لم يبطل بعروض الجنون بعده؛ لكون المجنون أهلًا لحكم التعليق لما ذكرنا، ولأن التعليق بالموت كالتنجيز؛ لأن الموت أمر كائن ولا تردد فيه، والشرط على حظر الوجود فلا يكون التعليق به كالتعليق بسائر الشروط.

ولا يقال: يشكل هذا بما إذا قال: إذا جاء غد فأنت حر؛ فإن مجيء الغد كائن لا محالة؛ لأنا نقول: لا نسلم أنه كائن لا محالة؛ لجواز أن تقوم القيامة قبل مجيء الغد، ولا يجوز أن تقوم القيامة قبل الموت، أو نقول: كلامنا في الأعم والأغلب، فإن الأغلب التعليق بشرط متردد، أو نقول: التعليق بمجيء الغد ليس بسبب في الحال؛ لأنه ليس بسبب موجب للخلافة، والتدبير فيه معنى الخلافة؛ لأن فيه معنى الوصية على ما يجيء فلما لم يكن في التعليق الغد معنى الخلافة؛ لم يصر سببًا في الحال، إليه أشير في المبسوط[(١)].

قوله: (لأن المانع من السببية) يعني القياس، وفي سائر التعليقات كونها سببًا في الحال، إلا أن المانع من السببية موجود قبل الشرط؛ لأنه انعقد تصرفًا آخر في الحال، ولأنه يصير يمينًا، واليمين يمنع العقد عن مباشرة الشرط، والمانع من الشرط مانع من الحكم المتعلق بالشرط، والمانع من الحكم لا يكون سببًا للحكم؛ لأن أدنى درجات السبب أن يكون مفضيًا إلى السبب، فتعذر جعله سببًا قبل وجود الشرط، فإذا انتقض مع اليمين ينعقد سببًا حينئذ، وحال انتقاضه حال وجود الشرط؛ لكونه أهلا لمباشرة السبب وحكمه عند ذلك فجعلناه سببًا عنده، أما التعليق بالموت ليس للمنع ولا يمكن تأخير السببية لبطلان الأهلية؛ فبقي سببا في الحال.

قوله: (وأنه) أي المنع **(يضاد وقوع الطلاق والعتاق)**، فلا يكون سببًا لما ذكرنا أن السبب ما يكون مفضيًا.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ١٨٠).

وَأَمكَنَ تَأخِيرُ السَّبَبِيَّةِ إِلَى زَمَانِ الشَّرطِ؛ لِقِيَامِ الأَهلِيَّةِ عِندَهُ فَافتَرَقَا، وَلِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ خِلَافَةٌ فِي الحَالِ كَالوِرَاثَةِ، وَإِبطَالُ السَّبَبِ لَا يَجُوزُ، وَفِي البَيعِ وَمَا يُضَاهِيهِ ذَلِكَ.

قوله: (وما يضاهيه)؛ أي يشابه البيع من الهبة والصدقة والإجهاد[1].

(ذلك) أي: إبطال السبب؛ أي: سبب العتق، وهو التدبير لا يجوز.

وفي مبسوط شيخ الإسلام: التدبير إنما يصح من حيث إنه وصية برقبته لا من حيث إنه تعليق؛ لأنه يعتق بعد الموت، والتعليق بزوال الملك لا يجوز كما لو قال: إن بعتكَ فأنت حر، وإذا ثبت أنه وصية فالوصية تنعقد سببًا في الحال، كما لو نذر أن يتصدق بدرهم غدًا جاز تصدقه من اليوم لوجود سببه، فإذا انعقد سببا للعتق [٥٣٦/أ] لا يجوز فسخه بالبيع كما لا يجوز نصًّا؛ لأن سبب العتق يثبت حق العتق ملحق بالحقيقة كالاستيلاد.

فإن قيل: لو كان وصية ينبغي أن نعطل التدبير إذا قتل المدبر سيده؛ إذ الوصية لا تجوز للقاتل سواء كان الجرح قبل الوصية أو بعدها، ولا يبطل التدبير بالقتل ذكره في الأسرار، ولأن الموصي به يتبع الموصي؛ فكان ذلك رجوعًا ذكره في الوصايا، وقد ذكر في تعليل الشافعي؛ أن الوصية لا تمنع البيع، فالتعليل بالوصية كيف يثبت عدم جواز البيع؟

قلنا: التدبير وإن كان وصية فهو تعليق العتق أيضًا بالموت، والقتل يحقق الموت أما في غيره من الوصية المحضة تبطل بالقتل بغير حق جزاء لما عجله إليه، أشار في الأسرار.

وفي المسألة الثانية: إنما بيع الموصَى إذا لم يتعلق به حق الغير على وجه الخلافة في الحال، والعتق لا يحتمل الإبطال مع أنه تعليق بأمر كائن كما قلنا؛ فتكون هذه الوصية وَقَعَ لازمًا؛ لأنه سبب للتبرع بالعتق، والعتق لازم بخلاف الوصية بالمال لا يكون لازمًا؛ لأنه سبب للتبرع بالمال والتبرع بالمال غير لازم، فكذا سببه غير لازم؛ فلم يمتنع إبطاله بالبيع، إليه أشير في المبسوط[2]،

---

(١) كذا في الأصول الخطية، وفي العناية شرح الهداية (٥/ ٢٣) (والإمهار).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ١٨٠).

قَالَ: (وَلِلمَولَى أَن يَستَخدِمَهُ وَيُؤَاجِرَهُ، وَإِن كَانَت أَمَة وَطِئَهَا، وَلَهُ أَن يُزَوِّجَهَا)، لِأَنَّ المِلكَ فِيهِ ثَابِتٌ لَهُ وَبِهِ تُستَفَادُ وِلَايَةُ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ (فَإِذَا مَاتَ المَولَى عَتَقَ المُدَبَّرُ مِن ثُلُثِ مَالِهِ) لِمَا رَوَينَا؛ وَلِأَنَّ التَّدبِيرَ وَصِيَّةٌ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مُضَافٌ إِلَى وَقتِ المَوتِ، وَالحُكمُ غَيرُ ثَابِت فِي الحَالِ فَيَنفُذُ مِن الثُّلُثِ، حَتَّى لَو لَم يَكُن لَهُ مَالٌ غَيرُهُ يَسعَى فِي ثُلُثَيهِ، وَإِن كَانَ عَلَى المَولَى دَينٌ يَسعَى فِي كُلِّ قِيمَتِهِ؛ لِتَقَدُّمِ الدَّينِ عَلَى الوَصِيَّةِ، وَلَا يُمكِنُ نَقضُ العِتقِ فَيَجِبُ رَدُّ قِيمَتِهِ.

(وَوَلَدُ المُدَبَّرَةِ مُدَبَّرٌ) وَعَلَى ذَلِكَ نُقِلَ إجمَاعُ الصَّحَابَةِ ﷺ (وَإِن عَلَّقَ التَّدبِيرَ بِمَوتِهِ عَلَى صِفَة، مِثلُ أَن يَقُولَ: إن مِتُّ مِن مَرَضِي هَذَا، أَو سَفَرِي هَذَا، أَو مِن

ووَطِيء المدبرة عند الجمهور إلا عند الزهري ومالك في رواية، وقال الأوزاعي: إن كان لا يطأها قبل التدبير لا يطأها بعده.

قوله: (لأن الملك فيه ثابت)؛ أي للمولى **(فيه)**؛ أي في المدبر. ولهذا لو قال: كل مملوك لي فهو حرٌّ يدخل المدبر إلا أنه ثبت فيه حق العتق، فمنع من التصرف ما يبطل حق العتق وهو البيع والهبة، وهذه التصرفات لا تمنع حق العتق فلا يمنع من التصرف فيه ولا يجوز رهنه؛ لأن موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء المالية بطريق البيع، وهو ليس بمحل للبيع.

قوله: (لما روينا) إشارة إلى قوله عليه السلام: «**وهو حرٌّ من الثلث**»[1].

قوله: (وولد المدبرة مدبر)، وهو الأصح؛ لموافقته رواية المبسوط والإيضاح، ووقع في بعض النسخ: (وولد المدبرة مدبر غير صحيح)؛ لأن ولد المدبرة إن كان من الحرة حر، وإن كان من الأمة لا يصير مدبّرًا، وإن كان من غيرهما من المكاتبة وأم الولد كان على صفة أمه تبعًا لأمه.

وفي المنهاج: ولد المدبرة من نكاح أو زنا لا يثبت له حكم التدبير على الأظهر. قال شمس الأئمة[2]: وهو ضعيف جدًّا؛ لأنه مخالف لقول الصحابة والتابعين كعثمان وابن مسعود، وكذا نقل عن شريح وابن المسيب وقتادة

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ١٨٠).

مَرَضٍ كَذَا فَلَيسَ بِمُدَبَّر، وَيَجُوزُ بَيعُهُ) لِأَنَّ السَّبَبَ لَم يَنعَقِد فِي الحَالِ لِتَرَدُّد فِي تِلكَ الصِّفَةِ، بِخِلَافِ المُدَبَّرِ المُطلَقِ؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ عِتقُهُ بِمُطلَقِ المَوتِ وَهُوَ كَائِنٌ لَا مَحَالَةَ ..

وجماعة، ولأن حق الحرية ثبت للأم؛ فيسري إلى ولدها لحقيقة الحرية.

قوله: وفي المغني[1]: ولو دبَّر الحاملَ يتدبرُ حملُها بلا خلاف كما لو أعتقها وإن حملت بعد التدبير؛ فكذلك في قول أكثر أهل العلم، وهو المروي عن ابن مسعود وابن عمر وابن المسيب والبصري، والقاسم ومجاهد والنخعي والشعبي، وعمر بن عبد العزيز والزهري والحسن بن صالح ومالك وأحمد، وللشافعي فيه قولان كالمذهبين.

ولا يعتق ولدها بموته، وهو رواية عن أحمد واختاره المزني.

ولنا: ما روي عن عمر وابنه وجابر أنهم قالوا: ولد المدبرة مدبر بمنزلتها، ولم يعرف من الصحابة مخالف فكان إجماعًا، وأما ولدها الموجود قبل التدبير لا يتدبر بلا خلاف، إلا ما حكاه أبو الخطاب رواية عن أحمد وأنكروها.

قوله: **(ويجوز بيعه)** أي بالإجماع؛ لأن السبب لم ينعقد في الحال، وإذا انتفى معنى السببية؛ لتردده بين الثبوت والعدم، بقي تعليقًا كسائر التعليقات فلا يمنع من المبيع.

فإن قيل: ففي أي وقت بعد الموت فاستقام كلام من يقول أنه ينعقد سببًا بعد الموت، وقد أثبت بطلانه.

وإن قلت: قبله فلماذا يجوز بيعه كالمدبر المطلق؟

قلنا: ينعقد **(في آخر جزء من أجزاء حياته)**[2] لا بعد الموت ولا في الحال، فيصير كالمدبر المطلق؛ لزوال التردد كذا في تعليقات أبي نصر الزوزني.

قوله: **(لتردد...)** إلى **قوله**: **(لا محالة)**، وفقه هذا الكلام؛ أن التدبير إنما وجب حق الحرية في المال بناء على قصده القربة، لا يختلف بالموت من ذلك المرض أو من غيره فلانعدم هذا القصد لم يكن مدبرًا بخلاف ما إذا علقه بمطلق

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (١٠/ ٣٥٢).

(٢) انظر المتن ص ٨٠٥.

....

الموت، فإن القصد إلى إيجاب القربة هناك مستحق حين علقه بما هو كائن إلى يوم القيامة لا محالة، كذا في المبسوط[١].

فإن قيل: يشكل بما لو قال [٥٣٦/ب] لعبده: أنت حر قبل موتى بشهر ومضى شهر، فإنه تعلق بمطلق موت المولى، ومع ذلك أنه مطلق مقيد حتى يجوز للمولى بيعه، ذكره في الأسرار.

قلنا: إنما كان كذلك؛ لأنه يعتق بالشهر قبل موته كما سماه، فيجب اعتباره بالعتق المضاف إلى غد، وأنه لا يثبت حقا للعبد في الحال فكذا هنا.

فإن قيل: يشكل بما إذا قال: كل مملوك أملكه؛ فهو حر بعد موتي، ثم اشترى مماليك ثم مات؛ عتقوا، فكان عتقهم بمطلق موت المولى، ومع هذا لو باع ما اشتراه صح، ولم يدخل تحت الوصية بالعتق إلا عند الموت.

قلنا: الوصية إذا أضيفت إلى معدوم توقف على الموت، ألا ترى لو أوصى لولد زيد وله ثلاثة أولاد فمات أحدهم بطل ثلث الوصية؛ لأن الوصية تناولهم جميعًا، ولو ولد له ثلاثة أولاد بعد الوصية ثم مات أحدهم لم يبطل من الوصية شيء؛ لأن الثالث لم يدخل تحت الوصية؛ لأنهم كانوا معدومين عند الإيجاب فتناول ما يوجد.

كما لو أضاف الوصية إلى مال موجود تعلقت به وبطلت بهلاكه، ولو أضافها إلى معدوم لم يدخل فيها إلا ثلث ماله عند الموت، فإذا كان كذلك صح بيع ما اشتراه؛ لأن إيجاب التدبير لم يتناوله، ولو بقي إلى الموت عتق بالموت لدخوله تحت الإيجاب وقت الموت، وهذا لأن الوصية سبب الخلافة للحال، ويجب حكمه عند الموت فاستغنت عن المحل بين الإيجاب والموت؛ لأنه لا وقت الإيجاب ولا وقت حلول الحكم، إليه أشير في الأسرار.

وذكر في المبسوط[٢]: وذكر في اختلاف زفر ويعقوب لو قال لعبده: إن مت أو قتلت فأنت حر، فعند زفر هو مدبر لتعلق عتقه بمطلق الموت حتى يعتق بأي وجه كان.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ١٨١).

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ١٨٦).

(فَإِن مَاتَ المَولَى عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي ذَكَرَهَا عَتَقَ كَمَا يُعتَقُ المُدَبَّرُ) مَعناهُ مِن الثُّلُثِ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ حُكمُ التَّدبِيرِ فِي آخِرِ جُزء مِن أَجزَاءِ حَيَاتِهِ؛ لِتَحَقُّقِ تِلكَ الصِّفَةِ فِيهِ فَلِهَذَا يُعتَبَرُ مِن الثُّلُثِ.

وَمِن المُقَيَّدِ أَن يَقُولَ: «إن مِتُّ إِلَى سَنَة أَو عَشرِ سِنِينَ» لِمَا ذَكَرنَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: إِلَى مِائَةِ سَنَة، وَمِثلُهُ لَا يَعِيشُ إِلَيهِ فِي الغَالِبِ؛ لِأَنَّهُ كَالكَائِنِ لَا مَحَالَةَ.

وعند أبي يوسف؛ لا يكون مدبرًا؛ لأنه علقه بأحد الشيئين الموت أو القتل، والقتل وإن كان موتًا فالموت ليس بقتل، وتعليقه بأحدهما يمنع أن يكون عزيمة في أحدهما خاصة فلا يصير مدبرًا.

وروى الحسن عن أبي حنيفة لو قال: إذا مِتُّ وغُسِّلْتُ فأنتَ حر لا يكون مدبرًا؛ لأنه يعلقه بالموت وبشيء آخر بعده، ثم إذا مات لا يعتق، وإن غُسِّل قياسًا ما لم يعتقه الورثة؛ لانتقاله إلى الورثة بنفس الموت.

وفي الإسْبِيجابي: يعتق؛ لأنه يُغَسَّلُ بعد الموت قبل أن يتقرر ملك الوارث فيه، وهو نظير تعليقه بموته على صفة.

قوله: (مات المولى على الصفة التي ذكرها) قيد؛ لأنه لو برأ من مرضه أو رجع من سفره ثم مات لم يعتق؛ لأن الشرط الذي علق به العتق لم يوجد. كذا في المبسوط(١).

قوله: (ومن المقيد...) إلى آخره فلو مات قبل تمام السنة أو عشر سنين؛ عتق لوجود الشرط، ولو مات بعدهما لا يعتق؛ لعدم وجود الشرط في المدبر المقدر.

قوله: (كالكائن لا محالة)، وهو قول مالك، ورواية الحسن عن أبي حنيفة، وهذا موافق لرواية الإيضاح، ومخالف لفتاوى قاضي خان، قال: على قول أصحابنا مُدبّر مقيد.

وكذا ذكره في الينابيع وجوامع الفقه؛ لأن ذكر الوقت طويلًا لا يعيش في مثله أو يعيش يعتبر الوقت.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ١٨١).

....

وعلى قول الحسن إذا ذكر وقتًا لا يعيش في مثله؛ يكون ذكر الوقت للتأبيد ما إذا تزوج امرأة إلى وقت يكون متعة طال الوقت أو قصر.

وعند الحسن إذا ذكر وقتا لا يعيشان لمثله لا يكون متعة، ولو قال: أنتَ حرٌّ قبل موتي بشهر أو بيوم، فإنه مدبر مقيد حتى يملك بيعه. وعند زفر مدبر مطلق لتعلق عتقه بموت المولى وهو التدبير.

قلنا: تعليقه بمطلق موت المولى تدبيرًا لم يوجد؛ لاحتمال موته قبل شهر فلم يتعلق عتقه بشرط كائن لا محالة، ولو مات بعد شهر أو يوم.

قيل: يعتق من الثلث، وقيل: يعتق من جميع المال؛ لأن على قول أبي حنيفة يستند العتق إلى أول الشهر قبل الموت، وهو كان صحيحًا في ذلك الوقت، وهو قول أبي يوسف ومحمد: يصير مدبَّرًا بعد مضي الشهر قبل موته.

وفي الذخيرة: قال له: أنت حر بعد موتي بيوم أو بشهر لا يصير مدبرًا، وهو إيصَاءٌ بعتقه بعد مضي يوم أو شهر فلا يعتق ما لم يعتقه الولي أو الوارث.

وفي الإسْبِيجابي: إذا لم يعتق إلا بإعتاق الوارث أو الوصي، فالوارث يملك إعتاقه تنجيزًا وتعليقًا [٥٣٧/أ]، والوصي لا يملكه إلا تنجيزًا، ولو أعتقه عن كفارته يعتق عن الميت دون الكفارة، والولد يصير مدبرًا في المدبر المطلق دون المقيد، ولو دبر وارث المرتد بعد لحوقه، ثم جاء مسلما أخذه مدبرًا، ولو دبره هو ولحق بدار الحرب، وباعه الوارث ثم جاء مسلمًا فاشتراه فهو مدبر.

وفي المبسوط[(١)]: قال له: أنت بعد موتي إن شئت؛ لم يصر مدبرًا لعدم تعليقه بمطلق الموت حينئذ، فإن نوى بها المشيئة الساعة فشاء العبد؛ فهو حر بعد موته لتعلقه بمطلق الموت حينئذ فيصير مدبرًا، ولو شاء العبد عند موته فهو حر؛ لوجود الشرط لا بالتدبير.

وقال أبو بكر الرازي: صحيح أن لا يعتق ههنا ما لم يعتقه الوارث الوصي، وهكذا ذكره شيخ الإسلام؛ لأنه ما لم يعتق بنفس الموت صار ميراثًا

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ١٨١).

بَابُ الاسْتِيلادِ

(وَإِذَا وَلَدَتِ الأَمَةُ مِن مَولَاهَا فَقَد صَارَت أُمَّ وَلَد لَهُ، لَا يَجُوزُ بَيعُهَا وَلَا تَملِيكُهَا) ....

فلا يعتق بعد ذلك إلا بإعتاق، وتكون وصية تحتاج إلى تنفيذها، كما لو قال: أعتقوه بعد موتي إن شاء، أو قال: حر بعد موتي بيوم، هكذا ذكره ابن سماعة في نوادره.

ثم في ظاهر الجواب تعتبر المشيئة بعد موت المولى في المجلس، وعن أبي يوسف؛ أنه لا يقيد بالمجلس؛ لأن هذا في معنى الوصية، ولا يشترط في لزوم الوصية القبول في المجلس بعد الموت.

والفرق بين هذه وبين تأخير العتق بعد الموت إلى يوم أو شهر ونحو ذلك؛ أنه لما تأخر العتق عن موته بزمان ممتد، وملك الوارث يتقرر في ذلك الزمان، عرفنا أن مراده الأمر بإعتاقه، وفي مسألة المشيئة تتصل مشيئة العبد بموت المولى قبل تقرر ملك الوارث؛ فيعتق بإعتاق المولى، ولا حاجة إلى إعتاق الوارث إياه. كذا في المبسوط[(١)] والله أعلم.

باب الاستيلاد

التدبير والاستيلاد يشتركان في كونهما حق الحرية، والتدبير أنسب من الاستيلاد بوجود الولد على وجه الخبر لا على وجه الإنشاء، فلذلك قدم التدبير.

الاستيلاد لغة: طلب الولد، وأم الولد من الأسماء الغالبة، البيت والنجم للكعبة والثريا؛ فكان في هذا كله خروج من العموم إلى الخصوص.

قوله: (لا يجوز بيعها ولا تمليكها) وهو قول جمهور الصحابة وجمهور الفقهاء والتابعين وبعض الظاهرية، وقال بشر المريسي وداود الأصبهاني ومن تابعه: يجوز بيعها ولا تعتق بموت المولى، وهو مروي عن أبي بكر الصديق وعلي وابن عباس، وابن مسعود وابن الزبير وزيد بن ثابت، ذكر ذلك في المُحلّى.

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٧/ ١٨٢).

لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَعتَقَهَا وَلَدُهَا» أَخبَرَ عَن إعتَاقِهَا فَيَثبُتُ بَعضُ مَوَاجِبِهِ وَهُوَ حُرمَةُ البَيعِ، وَلِأَنَّ الجُزئِيَّةَ قَد حَصَلَت بَينَ الوَاطِئِ وَالمَوطُوءَةِ بِوَاسِطَةِ الوَلَدِ، فَإِنَّ المَاءَينِ قَد اختَلَطَا بِحَيثُ لَا يُمكِنُ المَيزُ بَينَهُمَا عَلَى مَا عُرِفَ فِي حُرمَةِ

وعن عمر ﷺ أنها إن عفت وأسلمت عتقت، وإن كفرت وفجرت أرقّت، وروي مثله عن عمر بن عبد العزيز. وعن ابن مسعود بسند صحيح: تعتق من نصيب ولدها، ذكره في المغني. وعن ربيعة الرأي: يعجل عتقها لظاهر الحديث.

واحتج من جوّز بيعها بما روى جابر بن عبد الله أنه قال: بعنا أمهات الأولاد على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر، فلما كان عمر ﷺ نهانا عن ذلك فانتهينا رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه[(١)]، وكان أبو بكر ﷺ يبيع أمهات الأولاد في زمانه، وعمر ﷺ في نصف إمارته، ولأن المالية والمحلية للبيع قبل الولادة معلومة فيها بيقين فلا ترتفع إلا بيقين مثله، وخبر الواحد لا يوجب علم اليقين.

وللجمهور حديث سلامة بنت معقل امرأة من خارجة قيس بن غيلان قالت: قدم بي عمي في الجاهلية فباعني من الحباب بن عمرو فولدت له عبد الرحمن، ثم هلك فقالت امرأته: الآن تباعين في دينه، فأتيت رسول الله ﷺ، فقلت: يا رسول الله إني امرأة من خارجة قيس بن غيلان قدم بي عمي المدينة في الجاهلية فباعني من الحباب بن عمرو، فولدت له عبد الرحمن فقالت امرأته الآن: والله لتباعين في دَيْنِه، فقال عليه السلام: «**من ولي الحباب؟**» قيل: أخوه أبو اليسر كعب بن عمرو، فبعث إليه فقال: «**أعتِقوها، فإذا سمعتم برقيق قدم عليَّ فأتوني أُعَوِّضْكم**»، فقالت: أعتقوني، فقدم على رسول الله ﷺ رقيق فعوضهم غلامًا. رواه أبو داود[(٢)].

وفي رواية أحمد[(٣)] «لا تبيعوها وأعتِقوها»؛ أي خلُّوا سبيلها، ذكر البيهقي

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٧ رقم ٣٩٥٤)، والنسائي في الكبرى (٥/ ٥٦ رقم ٥٠٢١)، وابن ماجه (٢/ ٨٤١ رقم ٢٥١٧).
وصححه الحاكم على شرط مسلم. المستدرك (٢/ ٢٢ رقم ٢١٨٩).
(٢) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٧ رقم ٣٩٥٣).
(٣) أخرجه أحمد (٦/ ٣٦٠ رقم ٢٧٠٧٤).

الْمُصَاهَرَةِ، إِلَّا أَنَّ بَعدَ الِانفِصَالِ تَبقَى الجُزئِيَّةُ حُكمًا لَا حَقِيقَة، فَضَعُفَ السَّبَبُ ....

أنه أحسن شيء يروى فيه عن رسول الله ﷺ.

وعن ابن عباس [٥٣٧/ب] قال: قال رسول الله ﷺ: «**أيّما رجلٍ ولدَت أمتُهُ منهُ فهي معتقةٌ عن دبرٍ منهُ**» رواه أحمد وابن ماجه[١].

في المبسوط[٢]: هو حديث مشهور تلقته الأمة بالقبول، وقال عليه السلام في مارية القبطية أم إبراهيم حين قيل له: ألا تعتقها، قال عليه السلام: «**أعتَقَها ولدُها**» رواه ابن ماجة والدارقطني[٣]، وقضيته تنجيز الحرة، ولم يثبت ذلك إجماعًا فثبت حق العتق إعمالًا للحديث بقدر الممكن.

وقال الخطابي: قد ثبت أنه عليه السلام قال: «**إنَّا معاشرَ الأنبياءِ لا نورَثُ ما تركناهُ صدقةٌ**»[٤]، فلو كانت مارية مالًا لبيعت وصار ثمنها صدقة، وعنه عليه السلام أنه نهى عن التفريق يبين الأولاد والأمهات، وفي بيعهن تفريق بينهن.

وعن عمر رضي الله عنه قال: أيّما وليدة ولدت من سيدها فإنه لا يبعها، ولا يهبها وهو يستمتع بها ما عاش، فإذا مات فهي حرة. رواه مالك في الموطأ والدارقطني.

وعن عبيدة السلماني قال: خطب عليٌّ رضي الله عنه على المنبر فقال: شاورني عمر في أمهات الأولاد، فرأيت أنا وعمر إعتاقهن فقضى به عمر رضي الله عنه أيام حياته،

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٤١ رقم ٢٥١٥)، وأحمد (١/ ٣٠٣ رقم ٢٧٥٩)، والدارقطني (٥/ ٢٣٠ رقم ٤٢٣٠) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
قال البوصيري: هذا إسناد ضعيف حسين بن عبد الله بن عبيد الله بن عبد الله الهاشمي تركه علي بن المديني وأحمد بن حنبل والنسائي، وضعفه أبو حاتم وأبو زرعة، وقال البخاري: يقال إنه كان يتهم بالزندقة. مصباح الزجاجة (٨٩٦).

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ١٤٩).

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٤١ رقم ٢٥١٦)، والدارقطني (٥/ ٢٣٢ رقم ٤٢٣٥)، والحاكم (٢/ ١٩ رقم ٢١٩١) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
قال الدارقطني: تفرد بحديث ابن أبي حسين زياد بن أيوب، وزياد ثقة، وصححه الحاكم، وضعفه البوصيري في مصباح الزجاجة (٨٩٧).

(٤) أخرجه البخاري (٤/ ٧٩ رقم ٣٠٩٢)، ومسلم (٣/ ١٣٧٩ رقم ١٧٥٨) من حديث أبي بكر رضي الله عنه قال: إن رسول الله ﷺ قال: «لا نورَثُ ما تركناهُ صدقة».

....

وعثمان رضي الله عنه في مده حياته، فلما وليت أرى أن أُرِقَّهن، قال عبيدة: فرأي علي وعمر في الجماعة أحب إلي من رأي علي وحده، وروي عن علي وابن عباس وابن الزبير الرجوع إلى قول الجماعة، ذكره في المغني(١).

ولا حجة للخصم في حديث جابر؛ لأنه ليس فيه أنه عليه السلام أمر بذلك وأمرهم، ويحتمل أن يكون ذلك في زمانه عليه السلام ولم يشعر به، وإنما يكون فعلهم حجة إذا علم به رسول الله ﷺ وأقرّهم عليه وبيعهن يقع نادرًا.

ويحتمل أن يكون ذلك مباحًا، ثم نهى عنه عليه السلام ولم يعلم به أبو بكر رضي الله عنه؛ لقصر مدة خلافته واشتغاله بأمور الدين ومحاربة أهل الردة، ثم نهى عنه عمر رضي الله عنه لما بلغه نهيه عليه السلام فانتهوا عنه، وهو مثل حديث جابر في المتعة قال: كنا نستمتع بالقبضة من التمر والدقيق الأيام على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر رضي الله عنه حتى نهانا عنه عمر رضي الله عنه رواه مسلم(٢)

في النهاية: وعن ابن عمر كنا نخابر أربعين سنة، ولا نرى بها بأسًا حتى أخبرنا رافع بن خديج أنه عليه السلام نهى عن المخابرة فتركناها(٣).

وحكي أن أبا سعيد البردعي أستاذ الكرخي خرج حاجًّا من بردعة؛ فوصل إلى بغداد يوم الجمعة رأى قومًا جلسوا بعد الصلاة، وبينهم داود الأصبهاني الظاهري فسأله حنفي عن بيع أم الولد، فقال: يجوز؛ لأنا اتفقنا على جواز بيعها قبل أن تصير أم ولد فوجب أن تبقى كذلك؛ إذ الأصل في كل ثابت دوامه واستمراره، فعارضه أبو سعيد وقال: قد زالت تلك الحالة بالاتفاق وامتنع بيعها لما حبلت ولد سيدها، والأصل في كل ثابت وهو حرمة بيعها إجماعًا دوامًا فانقطع داود، ولم يجد له جوابًا، واستحسنوا هذه المناظرة أصحاب المذاهب الأربعة.

قيل: يمكن للظاهري بأن يجيب أن بيعها حاملًا مستلزم بيع ولدها وهو

---

(١) المغني لابن قدامة (١٠/ ٤٦٩).
(٢) أخرجه مسلم (٢/ ١٠٢٣ رقم ١٤٠٥).
(٣) بنحوه أخرجه مسلم (٣/ ١١٧٩ رقم ١٥٤٧) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

فَأَوجَبَ حُكما مُؤَجَّلًا إِلَى مَا بَعدَ المَوتِ، وَبَقَاءُ الجُزئِيَّةِ حُكما بِاعتِبَارِ النَّسَبِ وَهُوَ مِن جَانِبِ الرِّجَالِ. فَكَذَا الحُرِّيَّةُ تَثبُتُ فِي حَقِّهِم لَا فِي حَقِّهِنَّ، حَتَّى إِذَا مَلَكَت

حر، ولا كذلك قبله، وأجيب بذكر الجائز في الجزئية والبعضية التي تقدم، ولأن هذا الكلام لا يندفع بالمعارضة يعرف بالتأمل، وناظر أيضًا أبو سعيد القاضي أبا حازم الحنفي العراقي قاضي المعتضد في توريث ذوي الأرحام، والقاضي يرى أن اتفاق الخلفاء الأربعة إجماع يوجب العلم، ولم يعتبر خلاف زيد بن ثابت في منع ذوي الأرحام لمخالفة الإجماع، وأمر المعتضد بردّ الأموال التي اجتمعت في بيت المال من تركات فيها ذوو الأرحام، فأنكر عليه أبو سعيد فقال: هذا شيء أُقضِي على قول زيد، فقال أبو حازم: لا أعتدّ بخلافه في مقابلة الخلفاء الراشدين.

وذكر السَّرَخْسِي(١): أنه أمر المعتصم [٥٣٨/أ] والظاهر أنه غلط من الكاتب؛ لأنه لم يكن في أيام المعتصم، ثم حكم القاضي بجواز بيع أم الولد هل ينفذ؟ خلاف بين أصحابنا!؛ فعند أبي حنيفة ينفذ خلافًا ذكره في المحيط، وأصول البزدوي والميزان.

قوله: (**وَبَقَاءُ الجُزْئِيَّةِ حُكْمًا**...) إلى آخره، جواب سؤال، وهو أن يقال: النسبة ليست بمؤثرة في حق الحرية، ألا ترى أن النسبة مشتركة بين الأب والأم؛ لأن الأب منسوب إلى الأم بواسطة الولد كنسبة الأم إلى الأب بواسطة الولد، ثم الاتصال بواسطة الولد من جانب الرجل ليس بمؤثر في إثبات حق الحرية حال الأبوة، فإنها لو تزوجت عند رجل فولدت منه، ثم ملكت أباه لم يثبت حق الحرية له حال حياة المرأة، وكان حقيقة الحرية بعد موتها؛ فيجب أن يكون في حياتها كذلك؛ فأجاب عنه بما ذكر في الكتاب ذكر السؤال والجواب في الإيضاح.

قوله: (**فَكَذَا الحُرِّيَّةُ**) بالحاء في بعض النسخ الجزية، والجزية بالجيم أفصح؛ لأن (**الجزئيّة**) كما (**تثبت في حقهم**) كذلك تثبت في حقهن بل في حقهن أولى؛ لأن الولد يقرض منهن بالمقراض، وقد ذكر في الكتاب (**تثبت في حقهم لا في حقهن**)،

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٣٠/ ٢) والذي فيه: (المعتضد).

الحُرَّةُ زَوجَهَا وَقَد وَلَدَت مِنهُ لَم يُعتَق الزَّوجُ الَّذِي مَلَكَتهُ بِمَوتِهَا، وَبِثُبُوتِ عِتق مُؤَجَّل يَثبُتُ حَقُّ الحُرِّيَّةِ فِي الحَالِ فَيُمنَعُ جَوَازُ البَيعِ وَإِخرَاجُهَا لَا إِلَى الحُرِّيَّةِ فِي الحَالِ، وَيُوجِبُ عِتقَهَا بَعدَ مَوتِهِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ بَعضُهَا مَملُوكا لَهُ، لِأَنَّ الِاستِيلَادَ لَا يَتَجَزَّأُ، فَإِنَّهُ فَرعُ النَّسَبِ فَيُعتَبَرُ بِأَصلِهِ.

قَالَ: (وَلَهُ وَطؤُهَا وَاستِخدَامُهَا وَإِجَارَتُهَا وَتَزوِيجُهَا) لِأَنَّ المِلكَ فِيهَا قَائِمٌ

وأنه على تقدير الحاء تثبت حرية النساء في حق الرجال، ولا تثبت حرية الرجال في حق النساء كذا ذكر في الإيضاح، وعلى تقدير الجيم معناه: لأن الجزية المؤكدة بالنسب في حقهم لا في حقهن؛ إذ النسب إلى الآباء.

قوله: (**لأن الاستيلاد لا يتجزأ**)، فإن قيل: قد ذكر في باب العتق أن الاستيلاد مُتَجز عند أبي حنيفة وهذا تناقض.

قلنا: معنى **قوله**: (**لا يتجزأ**)؛ أي يكمل بتمليك نصيب صاحبه بالضمان على ما يجيء بعد؛ لأن نصيب صاحبه قابل للنقل بالضمان؛ لأن الاستيلاد وقع في القنة وهي قابلة للانتقال فيندفع التناقض، أو نقول: القول عدم التجزئ عنده هنا بناء على أن الاستيلاد فرع، والنسب لا يتجزأ فكذا الاستيلاد، وهناك التجزئ باعتبار أنه فرع الإعتاق، فلما تجزأ الإعتاق تجزأ جميع شعبه، فيكون التجزأ وعدم التجزأ بالجهتين فيندفع التناقض، أو نقول: يحتمل أن تكون فيه روايتان عن أبي حنيفة.

قوله: (**فيعتبر بأصله**)؛ أي بأصل الاستيلاد وهو النسب.

قوله: (**وَلَهُ وَطْؤُهَا...**) إلى آخره، وهو قول الجمهور، وقال مالك: لا يملك إجارتها كالبيع وهو ضعيف، وله كسبها وإعتاقها وكتابتها.

فإن قيل: ينبغي أن لا يملك تزويجها؛ لاشتغال الرحم وتوهم الشغل مانع في النكاح كما في المعتدة.

قلنا: محلية جواز النكاح كانت ثابتة قبل الوطء، وقد وقع الشك في خروجه فلا يخرج بالشك، بخلاف المعتدة؛ فإنها خرجت عن محلية نكاح الغير

فَأَشبَهَت المُدَبَّرَةَ (وَلَا يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا إِلَّا أَن يَعتَرِفَ بِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنهُ وَإِن لَم يَدَّعِ؛ لِأَنَّهُ لَمَا ثَبَّتَ النَّسَبُ بِالعَقدِ فَلَأَن يَثبُتَ بِالوَطءِ، وَأَنَّهُ أَكثَرُ

فلا تعود إلى المحلية إلا بعد الفراغ حقيقة، وذلك بعد انقضاء العدة، ولكن الأفضل للمولى أن لا يزوجها إلا بعد الاستبراء؛ لجواز العلوق منه، كذا في مبسوط شيخ الإسلام.

قوله: (وَلَا يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا)؛ أي ولد الأمة إلا أم الولد؛ لأن ولد أم الولد يثبت نسبه بلا دعوة كما يجيء، يعني لا يثبت ولد الأمة وإن اعترف بوطئها عندنا.

وبه قال الشعبي والثوري والحسن البصري، وهو مروي عن عمر وزيد بن ثابت مع العزل.

وقال الشافعي ومالك وأحمد: يثبت نسبه منه إذا أقر بوطئها، وإن عزل عنها إلا أن يدعي أنه استبرأ بعد الوطء بحيضة وهو ضعيف؛ لأنهم زعموا أنها بالوطء صارت فراشًا كالنكاح، وفيه يلزم الولد وإن استبرأها؛ لأن الحامل تحيض عند مالك والشافعي فلا يفيد الاستبراء.

ولو وطئها في دبرها يلزمه الولد عند مالك ومثله عن أحمد، وهو وجه للشافعية وضعفوه، وروى الطحاوي بإسناده عن عكرمة عن ابن عباس أنه كان يأتي جارية فحملت فقال: ليس مني إني أتيتها إتيانا لا أريد به الولد.

وعن عمر؛ أنه كان يعزل عن جاريته فجاءت بولد أسود فشق عليه، فقال: ممن هو؟ فقالت: من راعي الإبل فحمد الله وأثنى عليه ولم يلتزمه.

وعن زيد بن ثابت؛ أنه كان يطأ جارية فارسية ويعزل عنها فجاءت بولد فأعتق الولد وجلدها، وعنه أنه قال لها: ممن حملت؟ قالت: منك، قال لها: كذبت ما وصل إليك مما يكون منه الحمل، ولم يلزمه مع اعترافه بوطئها فهو حجة عليهم.

إفضاء أولَى. وَلَنَا: أَنَّ وَطءَ الأَمَةِ يُقصَدُ بِهِ قَضَاءُ الشَّهوَةِ دُونَ الوَلَدِ؛ لِوُجُودِ المَانِعِ عَنهُ فَلَا بُدَّ مِن الدَّعوَةِ بِمَنزِلَةِ مَالِكِ اليَمِينِ مِن غَيرِ وَطء، بِخِلَافِ العَقدِ؛ لِأَنَّ الوَلَدَ يَتعَيَّنُ مَقصُودًا مِنهُ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى الدَّعوَةِ.

(فَإِن جَاءَت بَعدَ ذَلِكَ بِوَلَد ثَبَتَ نَسَبُهُ بِغَيرِ إِقرَارٍ) مَعنَاهُ: بَعدَ اعتِرَاف مِنهُ بِالوَلَدِ الأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ بِدَعوَى الوَلَدِ الأَوَّلِ تَعَيَّنَ الوَلَدُ مَقصُودًا مِنهَا فَصَارَت فِرَاشًا كَالمَعقُودَةِ (إِلَّا أَنَّهُ إِذَا نَفَاهُ يَنتَفِي بِقَولِهِ) لِأَنَّ فِرَاشَهَا ضَعِيفٌ حَتَّى يَملِكَ نَقلَهُ بِالتَّزوِيجِ، بِخِلَافِ المَنكُوحَةِ، حَيثُ لَا يَنتَفِي الوَلَدُ بِنَفيِهِ إِلَّا بِاللِّعَانِ، لِتَأَكُّدِ الفِرَاشِ حَتَّى لَا يَملِكَ إِبطَالَهُ

قوله: [٥٣٨/ب] **(لوجود المانع)** وهو ذهاب التقوم عنده، ونقصان القيمة عندهما في الأمة، وزوال الملك في الولد **(منه)** أي من طلب الولد **(كالمعقودة)**؛ أي كالمنكوحة.

قوله: **(ينتفي بقوله)**؛ أي من غير لعان.

وفي المبسوط[1]: إنما يملك نفسه إذا لم يقض القاضي به أو لم يتطاول الزمان، فأما بعد القضاء فقد لزمه بالقضاء فلا يملك إبطاله، والتطاول دليل إقراره في هذه المدة من قبول التهنئة ونحوه؛ فيكون كالصريح بإقراره، واختلافهم في التطاول قد سبق في اللعان.

قوله: **(يملك نقله)**؛ أي نقل الفراش من نفسه إلى غيره **(بالتزويج)** حيث يملك تزويجها من غيره، وهذا إذا كان محل وطئها بعد الولد الأول. أما لو لم يحل لا يثبت نسبه إلا باستلحاقه، كما لو وطئها أبو سيدها أو ابنه أو وطء هو أمها وبنتها أو حرمت عليه برضاع أو كتابة ذكره في المحيط وغيره.

ولو أعتقها يثبت نسب ولدها إلى سنتين من يوم الإعتاق، وكذا في الموت؛ لأنها معتدة ولا يمكن نفيه؛ لأن فراشها تأكد بالحرية بدليل أنه لا يملك نقله بالتزويج؛ فالتحق بفراش المنكوحة في القوة، ولو حرمت عليه بحيض أو نفاس أو صوم أو إحرام يثبت نسبه بالسكوت؛ لأن المحل لم يحرم وإنما حرم الفعل فيه.

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٧/ ١٥٢).

بِالتَّزوِيجِ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرنَاهُ حُكمٌ. فَأَمَّا الدِّيَانَةُ، فَإِن كَانَ وَطِئَهَا وَحَصَّنَهَا وَلَم يَعزِل عَنهَا يَلزَمُهُ أَن يَعتَرِفَ بِهِ وَيَدَّعِي، لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الوَلَدَ مِنهُ، وَإِن عَزَلَ عَنهَا أَو لَم يُحَصِّنهَا جَازَ لَهُ أَن يَنفِيَهُ، لِأَنَّ هَذَا الظَّاهِرَ يُقَابِلُهُ ظَاهِرٌ آخَرُ، هَكَذَا رُوِيَ عَن أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، وَفِيهِ رِوَايَتَانِ أُخرَيَانِ عَن أَبِي يُوسُفَ وَعَن مُحَمَّد رَحِمَهُمَا اللَّهُ ذَكَرنَاهُمَا فِي كِفَايَةِ المُنتَهَى.

(فَإِن زَوَّجَهَا فَجَاءَت ....

قوله: **(حصَّنها)**؛ أي حفظها عما يوجب ريبة الزنا يلزمه أن يعرف به وهذا بالإجماع.

(يقابله ظاهر آخر) أي يعارضه ظاهر آخر وهو أن يكون الولد من الزنا؛ لوجود أحد الدليلين وهما العزل وعدم التحصين.

قوله: **(أخريان عن أبي يوسف، وعن محمد)**، والأصح: (آخران) وفي بعض النسخ: (أخروان)؛ أي عن أبي يوسف رواية واحدة، وعن محمد كذلك، وهو فائدة إعادة كله عن تلك الروايات يفيد الوجوب كذا في المبسوط[١].

وعن أبي يوسف: لو وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك فجاءت بولد؛ فعليه أن يدعيه؛ سواء عزل عنها أو لم يعزل، حصنها أو لم تحصن تحسينا للظن بها، وحملا لأمرها على الصلاح ما لم يتبين خلافه؛ لأن ما ظهر عقبه سببه يكون محتالًا به عليه حتى يتبين خلافه.

وعن محمد: لا ينبغي أن يدعي ولدها إذا لم يعلم أنه منه، ولكن ينبغي أن يعتق الولد ويستمتع بها ويعتقها بعد موته؛ لأنه استلحاق ليس منه حرام شرعًا فيحتاط من الجانبين، وذكر تلك الروايتين في القضاء بلفظ الاستحباب، فقال أبو يوسف: أحب أن يدعيه، وقال محمد: أحب أن يعتق الولد إلى آخره.

قوله: **(فإن زوجها...)** إلى آخره.

في مبسوط فخر الإسلام: ينبغي أن لا يزوجها حتى يستبرئها بحيضه؛

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٧/ ١٥٣).

بِوَلَد فَهُوَ فِي حُكم أُمِّهِ)؛ لِأَنَّ حَقَّ الحُرِّيَّةِ يَسرِي إِلَى الوَلَدِ كَالتَّدبِيرِ، أَلَا تَرَى أَنَّ وَلَدَ الحُرَّةِ حُرٌّ وَوَلَدَ القِنَّةِ رَقِيقٌ (وَالنَّسَبُ يَثبُتُ مِن الزَّوجِ)، لِأَنَّ الفِرَاشَ لَهُ، وَإِن كَانَ النِّكَاحُ فَاسِدًا، إذ الفَاسِدُ مُلحَقٌ بِالصَّحِيحِ فِي حَقِّ الأَحكَام، وَلَو ادَّعَاهُ المَولَى لَا يَثبُتُ نَسَبُهُ مِنهُ، لِأَنَّهُ ثَابِتُ النَّسَبِ مِن غَيرِهِ، وَيُعتَقُ الوَلَدُ وَتَصِيرُ أُمُّهُ أُمَّ وَلَد لَهُ لِإِقرَارِهِ.

لاحتمال العلوق منه، ولكن بهذا التوهم يوجب الاحتياط، ولا يبطل النكاح حتى لو تزوجها قبل الاستبراء فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر، فالولد من المولى والنكاح فاسد للتيقن بالعلوق على فراش المولى فلا يجوز تزويجها، وإن ولدت لأكثر من ستة أشهر فالولد من الزوج للتيقن بالعلوق على فراشه سواء كان النكاح صحيحًا أو فاسدًا وحصل به الدخول؛ لأن الفاسد ملحق بالصحيح؛ فعلم من هذا أن قوله في الكتاب: **(وإن كان النكاح فاسدًا)** إن للوصل، وذكره لنفي شبهة وهو أن فراش المولى ثابت على وجه الصحة، فينبغي أن لا يزول بالنكاح الفاسد؛ إذ الفاسد لا يعارض الصحيح، فأجاب عنه **(إذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق الأحكام)**.

وفي الإيضاح: أراد بالفاسد ههنا إذا اتصل به الدخول.

قوله: (فَهُوَ فِي حُكْمِ أُمِّهِ) حتى لا يجوز بيعه ولا هبته ولا رهنه ولا التصدق به، ولا يسعى لأحد ويعتق من رأس ماله كالأم، ويجوز استخدامه وإجارته إلا أنه إذا كان الولد جارية لا يستمتع بها؛ لأنه وطىء أمها، وهي إجماعية؛ **(لأنه ثابت النسب من غيره)**، ويعتق الولد وهي إجماعية.

في المبسوط[1]: لو زوج جاريته من عبده فجاءت بولد فادعاه المولى لا يثبت نسبه منه؛ لأنه ثابت النسب من عبده، **(ويعتق الولد)** بملكه، وأمه بمنزلة أم الولد تعتق بموت سيدها، **(وتصير أمه أم ولد له)**؛ أي فيما إذا كانت قيمته به، أما لو كانت أم ولد فأمومية الولد ثابتة قبل الدعوة.

فإن قيل: كيف تثبت أمومية الولد مع عدم ثبوت النسب، وأمية الولد ههنا مبنية على ثبوت النسب بدعوة الولد بخلاف ابتداء الاقتران بالاستيلاد، فإن ذلك

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٧/ ١٧٥).

(وَإِذَا مَاتَ المَولَى عَتَقَت مِن جَمِيعِ المَالِ) لِحَدِيثِ سَعِيدِ بنِ المُسَيِّبِ: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِعِتقِ أُمَّهَاتِ الأَولَادِ، وَأَن لَا يُبَعنَ فِي دَينٍ وَلَا يُجعَلنَ مِن الثُّلُثِ».

وَلِأَنَّ الحَاجَةَ إِلَى الوَلَدِ أَصلِيَّةٌ، فَتُقَدَّمُ عَلَى حَقِّ الوَرَثَةِ وَالدَّينِ كَالتَّكفِينِ، بِخِلَافِ التَّدبِيرِ؛ لِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِمَا هُوَ مِن زَوَائِدِ الحَوَائِجِ (وَلَا سِعَايَةَ عَلَيهَا فِي دَينِ

مبني على دعوة الولد.

قلنا: مجرد الإقرار بالاستيلاد [٥٣٩/أ] كافٍ لثبوت الاستيلاد، وإن كان في ضمن شيء لم يثبت ذلك الشيء.

وفي المبسوط[1]: يحتمل أن يكون الولد ثابت النسب من المولى بعلوق سبق النكاح أو شبهة بعد النكاح، إلا أن هذا الاحتمال غير معتبر في حق النسب لثبوته من الزوج، فاستغنى الولد عن النسب؛ فبقي معتبرًا في حق الأم لحاجتها إلى أمومية الولد.

قوله: **(وَأَنْ لَا يُبَعْنَ)**، وفي نسخة: وأن لا تستعين، والأول موافق لرواية الإيضاح، ولكن لقوله: **(لما روينا)** في دعوى نفي السعاية يدل على صحة قوله: **(لا يبعن)** يدل على عدم وجوب السعاية؛ لأن عدم جواز البيع يدل على عدم المالية، ووجوب السعاية بناء على بقاء المالية، ولم تبق المالية فيها؛ لقوله عليه السلام: «**أعتقَها وَلدُها**»[2].

وقوله: **(لما روينا)**؛ إشارة إلى قوله عليه السلام: «**أعتقَها وَلَدُها**».

قوله: **(ولأن الحاجة إلى الولد أصلية)**؛ لأن قوامه بالنسل معنى كما أن قوامه بالأكل حقيقة، ولهذا يجوز للأب أن يأكل مال ابنه عند الحاجة، فكذا يجوز أن يستولد جاريته بغير إذنه؛ لحاجته بقاء نسله، وحاجته مقدمة على **(الورثة والدّين)** كحاجته إلى الجهاز **(والتكفين)**.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ١٥٥).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٤١ رقم ٢٥١٦)، والدارقطني (٥/ ٢٣٢ رقم ٤٢٣٥)، والحاكم (٢/ ١٩ رقم ٢١٩١) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

قال الدارقطني: تفرد بحديث ابن أبي حسين زياد بن أيوب، وزياد ثقة، وصححه الحاكم، وضعفه البوصيري في مصباح الزجاجة (٨٩٧).

المَولَى لِلغُرَمَاءِ) لَمَا رَوَينَا، وَلِأَنَّهَا لَيسَت بِمَال مُتَقَوَّم حَتَّى لَا تُضمَنُ بِالغَصبِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ الغُرَمَاءِ كَالقِصَاصِ، بِخِلَافِ المُدَبَّرِ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوَّم(*).

(وَإِذَا أَسلَمَت أُمُّ وَلَدِ النَّصرَانِيِّ فَعَلَيهَا أَن تَسعَى فِي قِيمَتِهَا) وَهِيَ بِمَنزِلَةِ المُكَاتَبِ لَا تُعتَقُ حَتَّى تُؤَدِّيَ السِّعَايَةَ.

وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: تُعتَقُ فِي الحَالِ وَالسِّعَايَةُ دَينٌ عَلَيهَا، وَهَذَا الخِلَافُ فِيمَا إِذَا عُرِضَ عَلَى المَولَى الإِسلَامُ فَأَبَى، فَإِن أَسلَمَ تَبقَى عَلَى حَالِهَا. لَهُ: أَنَّ إِزَالَةَ الذُّلِّ عَنهَا بَعدَمَا أَسلَمَت وَاجِبَةٌ، وَذَلِكَ بِالبَيعِ أَو الإِعتَاقِ، وَقَد تَعَذَّرَ البَيعُ فَتَعَيَّنَ الإِعتَاقُ.

قوله: (كالقصاص)؛ يعني إذا مات من له القصاص وهو مديون؛ فليس لأرباب الديون أن يأخذوا من عليه القصاص بدينهم مقابلة ما وجب عليه من القصاص؛ لأن القصاص ليس بمال متقوم حتى يأخذ بمقابلته شيئًا.

وقيل: معناه إذا قتل المديون شخصًا، لا يقدر الغرماء على منع ولي القصاص من استيفاء القصاص.

وقيل: معناه إذا قتل رجل مديونًا والمديون قد عفا؛ فلا يقدر الغرماء على منع المديون عن العفو.

قوله: (وقال زفر: يعتق في الحال)، وبه قال مالك والظاهرية إلا أنه بغير سعاية عندهما، وعند زفر بالسعاية.

وقال الشافعي وأحمد في المشهور: منع الذمي من وطئها والاستمتاع بها ويحال بينهما، ولا يُمكّن من الخلوة بها وأجبر على نفقتها. **(فإن أسلم)** حلت له، وإن مات قبل إسلامه أو بعده وعتقت بموته.

وعن أحمد في رواية: تستسعى في قيمتها فإن أدت عتقت كما قلنا. وفيما قلنا جمع بين الحقين والمصلحتين، وهو أولى من إلزام النفقة إلى الممات بلا عوض، ولا منفعة، واعتباره بالعبد القن إذا أسلم وهو قياس فاسد، فإن إخراج

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

وَلَنَا: أَنَّ النَّظَرَ مِن الجَانِبَينِ فِي جَعلِهَا مُكَاتَبَة، لِأَنَّهُ يَندَفِعُ الذُّلُّ عَنهَا بِصَيرُورَتِهَا حُرَّة يَدًا، وَالضَّرَرُ عَن الذِّمِّيِّ لِانبِعَاثِهَا عَلَى الكَسبِ نَيلا لِشَرَفِ الحُرِّيَّةِ، فَيَصِلُ الذِّمِّيُّ إِلَى بَدَلِ مِلكِهِ، أَمَّا لَو أُعتِقَت وَهِيَ مُفلِسَةٌ تَتَوَانَى فِي الكَسبِ وَمَالِيَّةُ أُمِّ الوَلَدِ يَعتَقِدُهَا الذِّمِّيُّ مُتَقَوِّمَة فَيُترَكُ وَمَا يَعتَقِدُهُ، وَلِأَنَّهَا إِن لَم تَكُن مُتَقَوِّمَة فَهِيَ مُحتَرَمَةٌ، وَهَذَا يَكفِي لِوُجُوبِ الضَّمَانِ كَمَا فِي القِصَاصِ المُشتَرَكِ إِذَا عَفَا أَحَدُ الأَولِيَاءِ يَجِبُ المَالُ لِلبَاقِينَ.

(وَلَو مَاتَ مَولَاهَا عَتَقَت بِلَا سِعَايَة)، لِأَنَّهَا أُمُّ وَلَد لَهُ، وَلَو عَجَزَت فِي حَيَاتِهِ لَا تُرَدُّ قِنَّة؛ لِأَنَّهَا لَو رُدَّت قِنَّة أُعِيدَت مُكَاتَبَة لِقِيَامِ المُوجِبِ (وَمَن استَولَدَ أَمَةَ غَيرِهِ بِنِكَاح ثُمَّ مَلَكَهَا، ....

العبد من ملكه ممكن بالبيع بخلاف أم الولد، وهي تجتهد في السعاية (**نيلًا شرف الحرية**) عاجلًا، (**ومالية أم الولد يعتقدها الذمي**)، وكذا المسلمون إلا أبي حنيفة، وكذا يجوز كتابة أم الولد لتعجيل عتقها قبل موت سيدها.

قوله: (**وَمَالِيَّةُ أُمِّ الوَلَدِ يَعْتَقِدُهَا الذِّمِّيُّ**) هذا جواب إشكال لهما على قول أبي حنيفة في عدم تقوّم أم الولد، فقال: (**يعتقدها الذمي**) حتى يعتقد جواز بيعها؛ (**فيترك وما يعتقده**)؛ أي مع ما تعتقده، والواو بمعنى مع، وقد بينا الاختلاف في قدر قيمة المدبر وأم الولد.

قوله: (**وهذا**) القدر (**يكفي لوجوب الضمان**)؛ لأنه احتبس عندها لمعنى من جهتها فيكون مضمونًا؛ كالقصاص إذا حبس نصيب أحدهما عند القاتل بعفو الآخر، فيلزمه بدله وصار بمنزلة إزالة ملكه بلا بدل؛ فيتضرر به الذمي من إزالة ملكه مجانًا وملكه مخير به؛ فيتضرر الذمي فلا يجوز الضرر، وعلى ذلك فقد يلزم أن يكون مضمونًا في الغصب وليس كذلك عنده؛ لأن مبنَى ضمان الغصب على المماثلة قال تعالى: ﴿فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ﴾ [البقرة: ١٩٤]، والغصب من الاعتداء، ولا مماثلة بين ما ضمن وبين مالية أم الولد؛ لأنها غير متقوّمة؛ فلم يجب الضمان كما في غصب المنافع.

قوله: (**لقيام الموجب**) وهو إسلامها فيلزم الدور فكذلك لا يرد فيه.

صَارَت أُمَّ وَلَد لَهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَد لَهُ، وَلَو استَولَدَهَا بِملكِ يَمِين ثُمَّ استُحِقَّت ثُمَّ مَلَكَهَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَد لَهُ عِندَنَا، وَلَهُ فِيهِ قَولَانِ وَهُوَ وَلَدُ المَغرُورِ. لَهُ: أَنَّهَا عَلِقَت بِرَقِيق فَلَا تَكُونُ أُمَّ وَلَد لَهُ كَمَا إِذَا عَلِقت مِن الزِّنَا ثُمَّ مَلَكَهَا الزَّانِي، وَهَذَا؛ لِأَنَّ أُمُومِيَّةَ الوَلَدِ بِاعتِبَارِ عُلُوقِ الوَلَدِ حُرًّا؛ لِأَنَّهُ جُزءُ الأُمِّ فِي تِلكَ الحَالَةِ وَالجُزءُ لَا يُخَالِفُ الكُلَّ.

وَلَنَا: أَنَّ السَّبَبَ هُوَ الجُزئِيَّةُ عَلَى مَا ذَكَرنَا مِن قَبلُ، وَالجُزئِيَّةُ إِنَّمَا تَثبُتُ بَينَهُمَا بِنِسبَةِ الوَلَدِ الوَاحِدِ إِلَى كُلٍّ وَاحِد مِنهُمَا كَمَلًا، وَقَد ثَبَتَ النَّسَبُ فَتَثبُتُ الجُزئِيَّةُ بِهَذِهِ الوَاسِطَةِ، بِخِلَافِ الزِّنَا؛ لِأَنَّهُ لَا نَسَبَ فِيهِ لِلوَلَدِ إِلَى الزَّانِي، وَإِنَّمَا يُعتَقُ عَلَى الزَّانِي

قوله: (**صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ**)، وبه قال أحمد في رواية.

(**وقال الشافعي** رَحِمَهُ اللهُ: **لا تصير أم ولد له**)، وبه قال مالك، وكذا لو وطئها بشبهة أو ولدت آخر بغرور ثم اشتراها لا تصير أم ولد له عند مالك على الرواية، وهو قول أحمد.

وعند الشافعي لا تصير أم ولد له من غير تفصيل على الأظهر، وفي التنبيه: في ولد المغرور قولان، وفي الجارية إذا ملكها قولان.

وكذا [٥٣٩/ب] لو استولد جارية أمته فيها قولان (**له**)؛ أي للشافعي أنها علقت رقيقة وأمومية الولد باعتبار علوقه حر الأصل؛ لأنه جزء الأم في تلك الحالة فلا يخالف الجزء الكل، فعلى هذا الطريق في الْمَغْرُورِ تصير أم ولد؛ لأنها علقت بِحُرٍّ، يؤيده قوله علي السلام: «**أيّما أمة ولدت من سيدها**»[1] شرط ثبوت حق العتق أن تلد من سيدها، وهذا ولدت من زوجها، وعلى هذا الخلاف النكاح الفاسد والوطء بشبهة.

قوله: (**وقد ثبت**) أي نسب الولد منهما.

قوله: (**بخلاف الزنا**)، يعني لو استولدها بالزنا وأقر بذلك ثم ملكها لا تصير أم ولده استحسانًا، وفي القياس تصير أم ولده وهو قول زفر؛ لأنه ولده

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.

إِذَا مَلَكَهُ؛ لِأَنَّهُ جُزْؤُهُ حَقِيقَة بِغَيرِ وَاسِطَة. نَظِيرُهُ مَن اشتَرَى أَخَاهُ مِن الزِّنَا لَا يُعتَقُ؛ لِأَنَّهُ يُنسَبُ إِلَيهِ بِوَاسِطَةِ نِسبَتِهِ إِلَى الوَالِدِ وَهِيَ غَيرُ ثَابِتَة.

حقيقة، حتى لو ملكه يعتق عليه فكذا تكون أمه أم ولد.

وجه الاستحسان؛ أن موجب حق العتق صيرورتها منسوبة إليه بواسطة الولد ولم يوجد؛ لأن النسب لا يثبت بالزنا، ولا معتبر بما قاله الخصم من حرية الماء الذي هو في حكم الجزء؛ لأنه لو أعتق ما في بطن جاريته لم يثبت لها حق العتق ولا حقيقته، فلو كان ثبوت العتق باعتبار الاتصال والجزئية لثبت ههنا؛ فعلم بهذا أن معنى قوله عليه السلام: «**أيّما أمة...**» الحديث[١]، فيما إذا ولدت من سيدها وهو غير متعرض فيما إذا ولدت من زوجها، ثم صار زوجها سيدها فما حكمها؟ بل حكمها موقوف إلى قيام الدليل، وقد قام الدليل ههنا كما ذكرنا.

وفي الأسرار والإيضاح: والكلام ههنا يرجع إلى معرفة سبب أمومية الولد؛ فهذا حكم شرعي معروف بهذا الاسم وسببه عندنا نسب الولد، وعند الشافعي؛ علوق الولد حرًّا ولكن يردّ على تعليلنا ما ادعى نسب ولد أمَتِهِ فيما إذا زوجها من عبدِهِ، فإن نسبه ثابت من عبده ولا يثبت منه وتصير أمة أم ولده، وإن كانت النسبة حقيقة وجوابه ما ذكرنا من المبسوط في قوله: (**صارت أمَّ ولد له**)[٢].

وفي المبسوط[٣]: لو طلقها زوجها فتزوجت بآخر فولدت منه، ثم اشترى الكل؛ تصير أم ولده ويعتق ولدها، وولدها من غيره يجوز بيعه، ولا يكون بمنزلة أمِّهِ خلافًا لزفر، بخلاف الحادث في ملكه من غيره فإنه في حكم أمه.

قوله: (**نظيره**)؛ أي نظير أم الولد من الزنا (**أخاه من الزنا**) حيث لا يعتق عليه؛ لعدم انتسابه إلى أبيه حتى لو كان الأخ لأم عتق عليه، كذا وجدت في بعض النسخ كذا ذكره الإمام الحاوي.

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.
(٢) انظر المتن ٨٢٠.
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٧/ ١٠٧).

(وَإِذَا وَطِئَ جَارِيَةَ ابنِهِ فَجَاءَت بِوَلَد فَادَّعَاهُ، ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنهُ وَصَارَت أُمَّ وَلَد لَهُ وَعَلَيهِ قِيمَتُهَا، وَلَيسَ عَلَيهِ عَقرُهَا وَلَا قِيمَةُ وَلَدِهَا) وَقَد ذَكَرنَا المَسأَلَةَ بِدَلَائِلِهَا فِي كِتَابِ النِّكَاحِ مِن هَذَا الكِتَابِ، وَإِنَّمَا لَا يَضمَنُ قِيمَةَ الوَلَدِ، لِأَنَّهُ انعَلَقَ حُرَّ الأَصلِ لِاستِنَادِ المِلكِ إِلَى مَا قَبلَ الِاستِيلَادِ.

(وَإِن وَطِئَ أَبُو الأَبِ مَعَ بَقَاءِ الأَبِ لَم يَثبُتُ النَّسَبُ)؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لِلجَدِّ حَالَ قِيَامِ الأَبِ (وَلَو كَانَ الأَبُ مَيِّتًا ثَبَتَ مِن الجَدِّ كَمَا يَثبُتُ مِن الأَبِ)؛ لِظُهُورِ وِلَايَتِهِ عِندَ فَقدِ الأَبِ، وَكُفرُ الأَبِ وَرِقُّهُ بِمَنزِلَةِ مَوتِهِ؛ لِأَنَّهُ قَاطِعٌ لِلوِلَايَةِ (وَإِذَا كَانَت

قوله: (وَإِذَا وَطِئَ جَارِيَةَ ابْنِهِ...) إلى **قوله: (في كتاب النكاح من هذا الكتاب)** وللشافعي فيه قولان: أحدهما: تصير أم ولده ويلزمه قيمتها ومهرها. والآخر؛ لا تصير أم ولده ويلزمه مهرها دون قيمتها؛ لأنه لم يتملكها، وبه قال أحمد، قال مالك: يملكها بالقيمة حملت منه أو لا.

قوله: (وكفرُ الأب)؛ أي كفر الأب **(ورِقُّهُ بمنزلة الموت)** وكذا جنونه لعدم ولايته، ولو ادعاه الأب وهو مرتد فهي موقوفة عند أبي حنيفة وعندها صحيحة، وهي فرع تصرفات المرتد؛ لأنه تملكها بالقيمة فكانت مبادلة وهي موقوفة عنده خلافًا لهما.

وكان ينبغي أن يتوقف عندهما أيضًا؛ لأن تصرفه في مال ولده موقوف عندهما أيضًا، لكنها تضمنت التصرف في مال نفسه لا يتوقف لا سيما في النسب؛ لأنه يحتاط في إثباته فينفذ ولم يتوقف.

ولو كان الأب معتوهًا صحت دعوة الجد، ولو ادعى المعتوه بعد إفاقته، وقد جاءت لأقل من ستة أشهر من إفاقته؛ لا يصح في القياس لانعدام ولايته عند العلوق، وفي الاستحسان يصح؛ لأن العته لا يبطل الحق والولاية بل تعجزه عن العمل.

ونظيره؛ إذا غاب الأقرب تثبت ولاية الإنكاح للأبعد مع بقائها للأقرب، ولا يصح، ولا مدبرة الابن وأم ولده لأنهما لا يملكان بالقيمة، ولو جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الوطء لا يثبت نسبه منه؛ لأن العلوق كان في زمن

الجَارِيَةُ بَينَ شَرِيكَينِ فَجَاءَت بِوَلَد فَادَّعَاهُ أَحدُهُمَا ثَبَتَ نَسُبُهُ مِنهُ)، لِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ النَّسَبُ فِي نِصفِهِ لِمُصَادَفَتِهِ مِلكَهُ، ثَبَتَ فِي البَاقِي ضَرُورَةَ أَنَّهُ لَا يَتَجَزَّأُ؛ لِمَا أَنَّ سَبَبَهُ لَا يَتَجَزَّأُ وَهُوَ العُلُوقُ إذ الوَلَدُ الوَاحِدُ لَا يَنعَلِقُ مِن مَاءَينِ.

(وَصَارَت أُمَّ وَلَد لَهُ)؛ لِأَنَّ الِاستِيلَادَ لَا يَتَجَزَّأُ عِندَهُمَا (وَعِندَ أَبِي حَنِيفَةَ يَصِيرُ نَصِيبُهُ أُمَّ وَلَد لَهُ، ثُمَّ يَتَمَلَّكُ نَصِيبَ صَاحِبِهِ) إذ هُوَ قَابِلٌ لِلمِلكِ (وَيَضمَنُ نِصفَ قِيمَتِهَا)؛ لِأَنَّهُ تَمَلَّكَ نَصِيبَ صَاحِبِهِ لَمَّا استَكمَلَ الِاستِيلَادَ وَيَضمَنُ نِصفَ عُقرِهَا؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ جَارِيَةً مُشتَرَكَةً، إذ المِلكُ يَثبُتُ حُكمًا لِلِاستِيلَادِ فَيَتَعَقَّبُهُ المِلكُ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ بِخِلَافِ الأَبِ إذَا استَولَدَ جَارِيَةَ ابنِهِ، لِأَنَّ المِلكَ هُنَالِكَ يَثبُتُ شَرطًا لِلِاستِيلَادِ فَيَتَقَدَّمُهُ ....

لا ولاية للجد في الاستيلاد.

وفي المنافع: يشترط أن تكون الجارية في ملك الابن من وقت العلوق إلى وقت الدعوة، وأن يكون الأب صاحب ولاية بأن لا يكون كافرًا ثم أسلم، ولا عبدًا ثم عتق كما قلنا في الجد.

قوله: (فادعاه أحدهما)، سواء ادّعَى في صحته أو في مرضه.

[٥٤٠/أ] قوله: **(ضرورة أنه)** أي النسب لا يتجزأ، ولأن باعتبار ملكه يثبت النسب وباعتبار ملك شريكه يمنع ثبوته فتغلب المثبت للنَّسَبِ احتياطًا. ألا ترى أنه يسقط عنه الحد بهذا الطريق، ويجب العقر؛ فكذا يثبت النسب منه بالدعوة، ويضمن نصف قيمتها لشريكه.

قوله: (فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه)، وفي بعض النسخ: (فيعقبه)، والأول أصح هذا اختيار بعض المشايخ، أما الأصح أن الحكم مع علته يقترنان لما عرف في أصول الفقه، ويمكن أن يؤوّل بعقبه؛ بحسب الطبع والاعتبار ولا يحسب الزمان.

قوله: (فيتقدمه)؛ أي يتقدم الملك الاستيلاد.

فإن قيل: الملك يثبت ضرورة الاستيلاد؛ فيثبت سابقًا على العلوق في حق الاستيلاد لا في حق غيره؛ لأن ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها.

فَصَارَ وَاطِئًا مِلكَ نَفسِهِ (وَلَا يَغرَمُ قِيمَةَ وَلَدِهَا)؛ لِأَنَّ النَّسَبَ يَثبُتُ مُستَنِدًا إِلَى وَقتِ العُلُوقِ، فَلَم يَتَعَلَّق شَيءٌ مِنهُ عَلَى مِلكِ الشَّرِيكِ.

(وَإِن ادَّعَيَاهُ مَعًا ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنهُمَا) مَعنَاهُ: إِذَا حَمَلَت عَلَى مِلكِهِمَا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يُرجَعُ إِلَى قَولِ القَافَةِ؛ لِأَنَّ إِثبَاتَ النَّسَبِ مِن شَخصَينِ -مَعَ عِلمِنَا أَنَّ الوَلَدَ لَا يَتَخَلَّقُ مِن مَاءَينِ- مُتَعَذِّرٌ فَعَمِلنَا بِالشَّبَهِ، وَقَد سُرَّ رَسُولُ

قلنا: الاستيلاد عبارة عن جميع الفعل الذي يحصل به الولد؛ فلم يعتبر تعدد الفعل مع اتحاد المطلوب فيتقدم الملك على حمله الفعل؛ فيقع الوطء في الملك.

قوله: (حملت على ملكهما) قيد به؛ لأنها إذا حملت على ملك أحدهما نكاحًا ثم اشتراها هو وآخر؛ فهي أم ولد له؛ لأن نصيبه منها صار أم ولد له، والاستيلاد لا يحتمل التجزيء؛ أي في حق النسب كما مرَّ فيثبت في نصيب شريكه أيضًا، وبقولنا قال الثوري وإسحاق بن راهويه. **(وقال الشافعي رحمه الله: يرجع إلى قول القافة)**، وفي بعض النسخ: (إلى قول القائف).

والقافة: جمع القائف كالباعة والحاكة في جمع البائع والحائك، والقائف: هو الذي يتتبع آثار الآباء في الأبناء، من قاف أثره إذا اتبعه، والقيافة في بني مدلج منهم المجزز، وقيل: في بني أسد ومدلج، وقيل: سمّي مجززا؛ لأنه كان إذا أخذ أسيرًا حلق لحيته، وقيل: جزز ناصيته.

وبقول الشافعي قال أحمد، وقال مالك به في الإماء دون الحرائر.

احتج الشافعي بحديث عائشة قالت: دخل علي رسول الله ﷺ مسرورًا تبرق أسارير وجهه: «**ألم ترَ أنَّ مجززًا المدلجيّ مرَّ على أسامةَ بن زيدٍ وزيدِ بن حارثةَ، وهما تحتَ قطيفةٍ قد غطي وجههما ورجلاهما بادية، فقال: إنَّ هذه الأقدامُ بعضها من بعضٍ**»[1]، فلو كان العمل بالشبه باطلًا لما سرَّ به رسول الله ﷺ؛ لأنه عليه السلام لا يُسَرُّ إلا بحقٍّ.

قوله: (لا يتخلق) أي (من ماءين) محلّين.

---

(١) أخرجه البخاري (٨/ ١٥٧ رقم ٦٧٧٠) ومسلم (٢/ ١٠٨١ رقم ١٤٥٩).

اللَّهِ ﷺ بِقَولِ القَائِفِ فِي أُسَامَةَ - رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنهُ -.

ولَنَا: كِتَابُ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنهُ - إِلَى شُرَيح فِي هَذِهِ الحَادِثَةِ: لَبَّسَا فَلُبِّسَ عَلَيهِمَا، وَلَو بَيَّنَا لَبُيِّنَ لَهُمَا، هُوَ ابنُهُمَا يَرِثُهُمَا وَيَرِثَانِهِ وَهُوَ لِلبَاقِي مِنهُمَا، وَكَانَ ذَلِكَ بِمَحضَر مِن الصَّحَابَةِ رضي الله عنهم أجمَعِينَ، وَعَن عَلِيٍّ رضي الله عنه مِثلُ ذَلِكَ. وَلِأَنَّهُمَا استَوَيَا فِي سَبَبِ الِاستِحقَاقِ فَيَستَوِيَانِ فِيهِ، وَالنَّسَبُ وَإِن كَانَ لَا يَتَجَزَّأُ وَلَكِن تَتَعَلَّقُ بِهِ أَحكَامٌ مُتَجَزِّئَةٌ، فَمَا يَقبَلُ التَّجزِئَةَ يَثبُتُ فِي حَقِّهِمَا عَلَى التَّجزِئَةِ، وَمَا لَا يَقبَلُهَا يَثبُتُ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِد مِنهُمَا كَمَلَا كَأَن لَيسَ مَعَهُ غَيرُهُ، إِلَّا إِذَا كَانَ أَحَدُ الشَّرِيكَينِ أَبًا لِلآخرِ، أَو كَانَ أَحَدُهُمَا مُسلِمًا وَالآخَرُ ذِمِّيًا لِوُجُودِ المُرَجِّحِ فِي حَقِّ المُسلِمِ وَهُوَ الإِسلَامُ وَفِي حَقِّ الأَبِ وَهُوَ مَا لَهُ مِن الحَقِّ فِي نَصِيبِ الِابنِ، وَسُرُورُ النَّبِيِّ ﷺ فِيمَا رُوِيَ؛ لِأَنَّ الكُفَّارَ كَانُوا يَطعَنُونَ فِي نَسَبِ أُسَامَةَ رضي الله عنه، وَكَانَ قَولُ القَائِفِ مُقطِعًا لِطَعنِهِم ....

قوله: (وهو)؛ أي الولد (للباقي منهما)؛ أي من الأبوين حتى إذا مات أحدهما يكون كل ميراث الابن للأب الحي، ولا يكون نصفه لورثة الأب الميت (في سبب الاستحقاق)، وهو الملك .(تتعلق به) أي بالنسب (أحكام متجزئة) كالإرث والنفقة وصدقة الفطر وولاية التصرف في ماله والحضانة، (فما يقبل التجزئة) كالإرث (وما لا يقبلها) كالنسب وولاية الإنكاح.

(والآخر ذمي)، وعند زفر المسلم والذمي سواء لاستوائهما في الملك، وهو النسب (وهو ما له)؛ أي المرجح ماله -بفتح اللام-؛ أي للأب من حق الملك في نصيب الابن بقوله عليه السلام: «**أنتَ ومالكَ لأبيك**»[1]

قوله: (يطعنون). في الصحاح[2]: طعن بالقول والرمح يطعن بالضم من حد نصر، روي أن [الجاهلية تقدح][3] في نسب أسامة بن زيد؛ لأنه كان أسود شديد السواد، وكان أبوه أبيض كالقطن، وكانوا يعتقدون قول القافة حجة.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٩، رقم ٣٥٣٠) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما، وصححه الشيخ الألباني في الإرواء (٣/ ٣٢٣، رقم ٨٣٨).

(٢) الصحاح للجوهري (٦/ ٢١٥٧).

(٣) كذا في النسخ، ولعل الصواب: (الجاهلية كانت تقدح).

فَسُرَّ بِهِ (وَكَانَت الأَمَةُ أُمَّ وَلَد لَهُمَا)؛ لِصِحَّةِ دَعوَةِ كُلٍّ وَاحِد مِنهُمَا فِي نَصِيبِهِ فِي الوَلَدِ، فَيَصِيرُ نَصِيبُهُ مِنهَا أُمَّ وَلَد لَهُ تَبَعًا لِوَالِدِهَا (وَعَلَى كُلِّ وَاحِد مِنهُمَا نِصفُ العُقرِ قِصَاصًا بِمَا لَهُ ....

(**فَسُرَّ به**)؛ لأنه سبب قطع طعنهم. والعجب من مالك يحتج بحديث مجزز، ومجزز إنما قاله في ابن حرة لا في ابن أمة؛ لأن أم أسامة كانت حرة، ومما يؤيد قولنا؛ قصة العجلاني[(١)]، وقصة المتلاعنين[(٢)] حيث لم يعتبر الشبه، وحديث زمعة حيث قال: «**الولدُ للفِراشِ وللعاهِرِ الحجرُ**»[(٣)] وهو مشهور، وحديث رجل قال: يا رسول الله إن امرأتي ولدت غلاما أسود، فقال عليه السلام: «**هل لك إبل؟**» فقال: نعم، قال: «**ما ألوانها؟**» قال: حمر، قال: «**فيها من أورق؟**»، فقال: إن فيها لَوُرْقا، فقال: «**ما ترى ذلك من أين جاء بها؟**»، قال: من عرق نزعها، قال عليه السلام: «**ولعل هذا عرق نزعه**» رواه الجماعة[(٤)]، ولم يرخص له عليه السلام في نفيه لعدم الشبه، فعلم أن الشبه لا يوجب ثبات النسب، ولا عدمه يوجب انتفاءها.

قوله: (وكانت الأمة أم ولد لهما) حتى تخدم لكل واحد يومًا كما كانت قبله، ولو مات أحدهما عتقت، ولا ضمان للشريك في تركة الميت بالاتفاق؛ لوجود الرضا منهما [٥٤١/ب] بعتقها عند الموت، ولا سعاية عليها في قول أبي حنيفة لعدم التقوّم، وعلى قولهما: تسعى في نصف قيمتها للشريك الحي.

ولو أعتقها أحدهما في حياته عتقت، ولا ضمان على المعتوق للشريك، ولا سعاية في قول أبي حنيفة، وعندهما؛ يضمن المعتق نصف قيمتها إن كان موسرًا، وتسعى هي إن كان معسرًا للتقوّم عندهما، كذا في المبسوط[(٥)].

قوله: (قصاصًا بما له) يعني اللام؛ أي بالدين له، وفائدة وجوب العقر مع

---

(١) أخرجه البخاري (٧/ ٤٢ رقم ٥٢٥٩)، ومسلم (٢/ ١١٢٩ رقم ١٤٩٢) من حديث سهل بن سعد رضي الله عنه.

(٢) أخرجه البخاري (٦/ ١٠١ رقم ٤٧٤٨)، ومسلم (٢/ ١١٣٢ رقم ١٤٩٤) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٣) أخرجه البخاري (٣/ ٥٤ رقم ٢٠٥٣)، ومسلم (٢/ ١٠٨٠ رقم ١٤٥٧) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٤) أخرجه البخاري (٧/ ٥٣ رقم ٥٣٠٥) ومسلم (٢/ ١١٣٧ رقم ١٥٠٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٥) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ١٦٠).

عَلَى الآخَرِ، وَيَرِثُ الِابنُ مِن كُلِّ وَاحِد مِنهُمَا مِيرَاثَ ابنِ كَامِلٍ)؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ لَهُ بِمِيرَاثِهِ كُلِّهِ، وَهُوَ حُجَّةٌ فِي حَقِّهِ (وَيَرِثَانِ مِنهُ مِيرَاثَ أَبٍ وَاحِدٍ) لِاستِوَائِهِمَا فِي النَّسَبِ كَمَا إذَا أَقَامَا البَيِّنَةَ. (وَإِذَا وَطِئَ المَولَى جَارِيَةَ مُكَاتَبِهِ، فَجَاءَت بِوَلَد فَادَّعَاهُ، فَإِن صَدَّقَهُ المُكَاتَبُ ثَبَتَ نَسَبُ الوَلَدِ مِنهُ) وَعَن أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى -: أَنَّهُ لَا يُعتَبَرُ تَصدِيقُهُ اعتِبَارًا بِالأَبِ يَدَّعِي وَلَدَ جَارِيَةِ ابنِهِ. وَوَجهُ الظَّاهِرِ ـ وَهُوَ

صيرورته قصاصًا فيما يرى أحدهما حقه فيبقى حق الآخر ويتوجه بالمطالبة.

وفي المنافع: فيه فائدة؛ إذ ربما قوم نصيب أحدهما بالدراهم والآخر بالدنانير؛ فيدفع الدراهم ويأخذ الدنانير.

قوله: (ميراث أب واحد)؛ لأن التعدد في الأب حقيقةً محالٌ تفسير كان على السواء؛ لعدم إمكان الترجيح **(كما إذا أقام البينة)**؛ أي على شيء يصير ذلك الشيء مشتركًا فكذا هذا، وأقاما البينة على ابن مجهول النسب فالحكم هكذا فكذا هنا، ولو كانت الأمة بين ثلاثة أو أربعة أو خمسة أو أكثر فادّعوه جميعًا فهو ابنهم؛ لأن ما زاد على اثنين مساو للاثنين في الاستحقاق.

وقال أبو يوسف: لا يثبت النسب من أكثر من اثنين؛ لأن القياس ينفي ثبوته من اثنين؛ لكنه ترك لأثر عمر ﵁ وما زاد يبقى على الأصل.

وقال محمد: لا يثبت لأكثر من ثلاثة؛ إذ الثلاثة معتادة في الحمل؛ إذ الثلاثة معتادة في الحمل الواحد، وقد جاء عن إبراهيم أنه يثبت النسب من ثلاثة، وعند أبي حنيفة؛ يثبت النسب من المرأتين، وعند أبي يوسف؛ يلحق برجلين دون امرأتين.

وعند محمد؛ يلحق بالآباء ولا يلحق إلا بأم واحدة، ثم لا فرق بين أن يكون الأنصباء متفاوتة، ومتساوية في الجارية في دعوى الولد، وعلى أصل أبي يوسف؛ إذا ادَّعوا أكثر من ذلك لم يكن بعضهم أولى من بعض ذكره في جوامع الفقه وغيره. قوله: **(لا يعتبر تصديقه)**، أي تصديق المكاتب؛ بل يثبت بمجرد دعوى المولى كما في الأب يدعي ولد جارية ابنه، والجامع: إن جارية المكاتب كسبت كسب المولى، فكذا جارية الابن كسبت كسب الأب، أو نقول: للمولى في المكاتب ملك الرقبة، وليس للأب على الابن ملك الرقبة ولا ملك اليد بل

الفَرقُ ـ: أَنَّ المَولَى لَا يَملِكُ التَّصَرُّفَ فِي أَكسَابِ مُكَاتَبِهِ حَتَّى لَا يَتَمَلَّكَهُ، وَالأَبُ يَملِكُ تَمَلُّكَهُ فَلَا مُعتَبَرَ بِتَصدِيقِ الِابنِ. قَالَ: (وَعَلَيهِ عُقرُهَا)؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَقَدَّمُهُ المِلكُ؛ لِأَنَّ مَا لَهُ مِن الحَقِّ كَاف لِصِحَّةِ الِاستِيلَادِ لَمَا نَذكُرُهُ. (وَقِيمَةُ وَلَدِهَا) لِأَنَّهُ فِي مَعنَى المَغرُورِ، حَيثُ إِنَّهُ اعتَمَدَ دَلِيلًا، وَهُوَ أَنَّهُ كَسبُ كَسبِهِ فَلَم يَرضَ بِرِقِّهِ فَيَكُونُ حُرًّا بِالقِيمَةِ ثَابِتَ النَّسَبِ مِنهُ (وَلَا تَصِيرُ الجَارِيَةُ أُمَّ وَلَد لَهُ)؛ لِأَنَّهُ لَا مِلكَ لَهُ فِيهَا حَقِيقَة كَمَا فِي وَلَدِ المَغرُورِ (وَإِن كَذَّبَهُ المَكَاتِبُ فِي النَّسَبِ لَم يَثبُت)؛ لِمَا بَيَّنَّا: أَنَّهُ لَا بُدَّ مِن تَصدِيقِهِ (فَلَو مَلَكَهُ يَومًا ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنهُ) لِقِيَامِ المُوجِبِ وَزَوَالِ حَقِّ المُكَاتَبِ إِذ هُوَ المَانِعُ، وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

له حق التملك في ماله، وحق الملك أقوى من حق التملك، فلما ثبت للأب نسب جارية ابنه بلا تصديق الابن؛ فلأن يثبت نسب جارية المكاتب بالطريق الأولى.

قوله: (أن المولى لا يملك التصرف)، يعني أنه حجر على نفسه بعقد الكتابة عن التصرف في مال الولد عند الحاجة فلا يحتاج إلى تصديق الولد، ثم عند تصديق المكاتب لا تصير الجارية أم ولد للمولى، أما لو ملكها المولى بعده يومًا من الدهر تصير أم ولده؛ لأنه ملكها وله منها ولد، **(فلو ملكه)**؛ أي الولد على تقدير تكذيب المكاتب.

قوله: (لقيام الموجب) وهو الإقرار بالاستيلاد، والمسألة تجيء في المكاتب بدلائلها إن شاء الله تعالى.

فروع: وفي التكملة: لا يحل للمولى وطء مكاتبته ولو وطئها فعليه عقر.

وفي الإسْبِيجابي: لو علقت منه كانت بالخيار؛ إن شاءت عجزت عن نفسها فصارت أم ولد، وإن شاءت مضت على الكتابة وأخذت عقرها.

وفي التنبيه: يلزمه عقرها وإن أحبلها تصير أم ولد، فإن أدّت الكتابة عتقت، وتعتق بموت سيدها أيضًا.

وفي المغني[1]: وطء المكاتبة بغير شرط حرام عند الجمهور والأئمة

---

(١) المغني لابن قدامة (١٠/ ٣٩٨).

....

الأربعة، ولو شرط وطئها فهو باطل أيضًا عند الجمهور.

وقال أحمد وابن المسيب: له ذلك عند الشرط ولا حد عليه عند أهل العلم، وعن الحسن والزهري يحد، ولو وطء جارية مكاتبه فعليه عقرها وهو قول الشافعي وأحمد، وقال مالك: لا شيء عليه؛ لأنها ملكه.

قلنا: هو عوض منفعتها فصار كوطء الأجنبي.

وفي المحيط: يجوز إعتاق أم الولد وكتابتها لتعجيل الحرية وكذا تدبيرها؛ لأنها يجتمع لها سببًا حرية، وفي غيرها لا يصح تدبيرها؛ لأنه لا يفيد.

وفي جوامع الفقه: استولد مدبرته بطل التدبير ويعتق من جميع المال ولا تسعى في الدين، ولو باع خدمة أم الولد منها جاز وعتقت، كما لو باع رقبة العبد منه هكذا رواه ابن سماعة عن أبي يوسف.

وعن ابن سماعة عن أبي يوسف: بيع الخدمة باطل [٥٤١/أ]، ولا تعتق بخلاف بيع رقبتها منها حيث تعتق.

وفي الخزانة: لو ولدت جارية منه، وقال: أحلّها لي والولد ولدي، صدقه المولى في الإحلال وكذبه في النسب؛ لم يثبت نسبه؛ فإن ملكها يومًا ثبت نسبه، وصارت أم ولد له، لو صدقه في الولد ثبت نسبه وصارت أم ولد له وهو عبد لمولاه.

وفي الكافي: أمة بين رجلين قالا في صحتهما: هي أم ولد أحدنا، ثم مات أحدهما يؤمر الحي بالبيان دون الورثة؛ لأنه يخبر بفعل نفسه والورثة بفعل غيرهم، فإن قال الحي: هي أم ولد فهي أم ولده، ويضمن نصف قيمتها ولا يضمن من العقر شيئًا؛ لأنه لو أقر بوطئها بعد ملكها فلعله استولدها بنكاح قبل.

ولو قال: هي أم ولد الميت عتَقَتْ؛ صدّقته الورثة أو لا؛ لأنه إن صدق فهي حرة وإن كذب فكذلك لإقراره بعتقها بموته، ولا سعاية للحي؛ لأنه يدعي الضمان على الميت، وكذا للورثة لأنهم يدعون عليه الضمان؛ إن كذبوه في إقراره بعتقها بموته ولا سعاية للحي؛ لأنه يدعي الضمان على الميت، وكذا للورثة؛ لأنهم يدعون عليه الضمان إن كذبوه في إقراره، وإن صدقوه فقد أقروا بعدم السعاية، والله علم بالصواب.

كِتَابُ الأَيمَانِ

[٥٤١/أ] كتاب الأيمان

كما قفَّى العبادات بالنكاح لمناسبة ذكرناها، قفَّى النكاح الطلاق للمناسبة وأعقبه العتاق؛ لأنه يشارك الطلاق في عامة الأوصاف، ثم قفَّى العتاق باليمين؛ لمناسبة أن الإكراه والهزل لا يؤثران فيها.

ثم محاسن اليمين؛ تصديق السامع المتكلم في إخباره، وفائدة الكلام في إيقاع الصدق في قلب السامع، إذا لم يقع في قلبه صدقه ضاع إخباره ويصير ملحقًا بنعيق الغراب، ومن محاسنها أيضًا: زينة الكلام بذكر اسم الله تعالى، ومن محاسنها أيضًا: تعظيم اسم الله تعالى أو صفتُه.

الأيمان جمع يمين ويجمع على أيمن أيضًا، واليمين لُغة: القوة، ومنه قوله تعالى: ﴿لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ ﴿٤٥﴾﴾ [الحاقة: ٤٥]، وقال الشماخ وقيل: الحطيئة[١]:

رَأَيْتُ عَرَابَةَ الْأَوْسِيِّ يَسْمُو ... إِلَى الْخَيْرَاتِ مُنْقَطِعَ الْقَرِينِ
إِذَا مَا رَايَةٌ رُفِعَتْ لِمَجْدٍ ... تَلَقَّاهَا عَرَابَةُ بِالْيَمِينِ

يريد بها القوة، وفي المغرب[٢]: سمي الحلف يمينًا لوجهين:

أحدهما: أن اليمين هو القوة، والحالف يتقَّوى باليمين بالله تعالى عن الحمل أو المنع فسمي بها.

والثاني: أنهم كانوا يتمسكون بأيمانهم فسمي الحلف يمينًا للزوم اليمين

(١) البيت من الوافر، وهو للشماخ في ديوانه (ص: ٧١)؛ ولسان العرب (٨/ ٢٨٤) (قطع)، (١٣/ ٤٦١) (يمن).

(٢) المغرب للمطرزي (ص: ٥١٥).

قَالَ: (الأَيمَانُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضرُب، ....

فيها، وسمي المحلوف عليه يمينًا أيضًا لتلبسه بها وهي مؤنثة.

وأيمُنُ اللهِ: جمعُ يمين عند الكوفيين وهمزتها قطعية، واختاره الزجاج وابن كيسان وقالوا: إنها حققت همزتها وطُرحت في الوصل؛ لكثرة استعمالهم لها، وعند سيبويه: ليست جمعًا والهمزة للوصل؛ إذِ الجمع لا يجوزُ أن يبقى على حرف واحد وخففت كقولهم: مُ الله.

وقال أبو الحسن: لا يستعمل أيمنُ اللهِ إلا بالرفع دون النصب والجر ولا يستعمل إلا في القَسَم.

وأمُّ أيْمَنَ حاضنةُ رسول الله ﷺ، وقيل: حاضنة أولاده أيضًا.

وفي الصحاح[1]: ربما حذفوا النون من أيمنُ الله فقالوا: أيمُ الله وربما بقَوا الميم وَحدَها فقالوا: مُ الله، وربما كسروا الميم، وربما قالوا: مُنُ اللهُ ومُنَ اللهَ ومُنِ اللهِ بضمهما وفتحهما وكسرهما.

وفي الخليل: أسماؤها ستة: قَسَمٌ ويمينٌ وحلفٌ، وعهد وميثاق وإيلاء.

وفي الشرع: عبارة عن عقد قَوِيَ بها عزم الحالف على الفعل أو الترك، وسمي هذا العقد بها؛ لأن العزيمة تتقوى بها، وسببها: قصد الحالف إظهار صدقه في قلب السامع، وشرطها: كون الحالف حرًّا عاقلًا بالغًا، ورُكنها: اللفظ الذي تنعقد به اليمين، وحكمها: البِرُّ حال بقاء اليمين إذا وجب تحقيق البر، والكفارة عند فوات البر.

قوله: (الأَيْمَانُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ)، وفي المغرب[2]: الصواب أن يقول: ثلاث أضرب وإن كانت الرواية محفوظة بالتاء فعلى تأويل الأقسام، ووجه الانحصار: أن اليمين لا تخلو إما إن يكون فيها مؤاخذة أو لا، والثاني اللغو والأول إن كانت المؤاخذة في الدنيا فهي المنعقدة، وإن كانت في العقبى فهي الغموس وكذا قيل.

وفي الإيضاح: والأقسام الثلاثة إنما تنافي اليمين بالله تعالى.

---

(١) الصحاح للجوهري (٦/ ٢٢٢٢).

(٢) المغرب للمطرزي (ص: ٥١٥).

اليَمِينُ الغَمُوسُ، وَيَمِينٌ مُنعَقِدَةٌ، وَيَمِينُ لَغوٍ، فَالغَمُوسُ: هُوَ الحَلِفُ ....

وفي المبسوط[١]: اليمين على نوعين: نوع تعرفه أهل اللغة، وهو ما تقصدُ به تعظيم المقسَم به ويسمون ذلك قسَمًا، ونوع لا تعرفه أهل اللغة؛ لكن الفقهاء سمَّوا الشرط والجزاء؛ لما فيها من معنى اليمين وهو المنع أو الإيجاب.

ثم بدأ محمد الكتاب ببيان [٥٤١/ب] النوع الأول فقال: الأيمان ثلاثة أقسام، ولم يُرد به عددَ الأيمان فإن ذلك أكثر من أن يحصى؛ بل المراد اليمين بالله تعالى: يمين تُكَفَّر، ويمين لا تُكَفَّر، ويمين نَرجو أن لا يؤاخذ الله تعالى بها، فالتي تُكفَّر: فالحلف على أمر في المستقبل لإيجاد فِعلٍ ونفيه، وهذا مشروعٌ أمرَ اللهُ به في بيعة نصرة الحق وفي المظالم والخصومات.

وهي في وجوب الحفظ أربعة أنواعٍ:

ما يجب فيها البِرُّ، وهو الحلف على فعل طاعة أو امتناع معصية، وذلك فرض عليه وبالحلف يزداد وكادة.

وما لا يجوز حفظها وهو الحلف على ترك طاعة أو فعل معصية.

وما يخيّر فيه بين الحنث والبر، والحنث خير من البر فيندب فيه للحنث قال عليه السلام: «**من حلفَ على يمينٍ ورأى غيرَها خيرًا منها فليأتِ بالذي هو خيرٌ**» الحديث[٢] وأدنى الأمر الندب.

وما يستوي فيه البر والحنث في الإباحة؛ فيتخيّر بينهما وحفظها أولى؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿وَٱحۡفَظُوٓاْ أَيۡمَٰنَكُمۡ﴾ [المائدة: ٨٩] وحفظ اليمين بعد وجودها بالبر، ومتى حنث في اليمين المعقودة؛ فعليه الكفارة بالنص وإِجماع الأمة.

قوله: (**اليمين الغموس**)، أي: يمين غموس على الصفة لا الإضافة؛ لأن إضافة الموصوف إلى الصفة لا يجوز. وما قيل: قولهم: (يمين الغموس كعلم الطب؛ فإنه لا خلاف لأحد في صحته) غيرُ صحيح؛ لأن الطب ليس بصفة،

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٢٣).

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٧١ رقم ١٦٥٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

عَلَى أَمر مَاض يَتَعَمَّدُ الكَذِبَ فِيهِ، فَهَذِهِ اليَمِينُ يَأْثَمُ فِيهَا صَاحِبُهَا) لِقَولِهِ ﷺ: «مَن حَلَفَ كَاذِبا أَدخَلَهُ اللَّهُ النَّارَ» (وَلَا كَفَّارَةَ فِيهَا إِلَّا التَّوبَةَ وَالِاستِغفَارَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحمَةُ اللَّهِ تَعَالَى عَلَيهِ: فِيهَا الكَفَّارَةُ، ....

والغموس صفة فتكون هذه الإضافة مثلهُ كذا في المغرب[١]، وفيه: سميت غموسًا؛ لانغماس صاحبها في الإثم ثم في النار.

ثم الحلفُ بغير الله تعالى كالطلاق والعتاق مكروه عند البعض؛ لقوله عليه السلام: «**من كان حالفًا...**» الحديث[٢]، ولأن في اليمين تعظيم المقسم به ولا يجوز لغيره تعالى، وعند عامة العلماء لا يُكره؛ لأنه يحصل بها الوثيقة في الناس؛ فتمس الحاجة إلى الوثيقة بالطلاق وغيره.

وقد روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص أنه حلف بالطلاق عند النبي عليه السلام، ولم ينكر عليه رسول الله ﷺ ولو كان مكروهًا لأنكر عليه، وما رووا محمولٌ على الحلف به لا على الوثيقة، أو على الحلف به في الماضي، وهذا معنى مكروه لا يحصل به معنى الوثيقة.

قوله: (**على أمرٍ ماضٍ**) ذكر الماضي ليس على الشرط؛ فإن اليمين الغموس يكون في الحال أيضًا كما لو حلف: والله ما لهذا عليَّ دَيْن، وهو يعلم خلافَهُ، أو قوله: والله إنه عمر وهو يعلم أنه زيد، ذكره في الإيضاح والتحفة.

وفي المبسوط[٣]: الغموس ليست بيمين حقيقة؛ لأنها كبيرة مَحْضَنة، واليمين عقدٌ مشروعٌ والكبيرة ضد المشروع، ولكن سماه يمينًا مجازًا؛ لأن ارتكاب هذه الكبيرة بصورة اليمين كما سمَّى النبي عليه السلام بيع الحر بيعًا باستعمال صورة البيع.

قوله: (**وَلَا كَفَّارَةَ فِيهَا إِلَّا التَّوْبَةَ وَالِاسْتِغْفَارَ**)، وبه قال أحمد وأكثر أهل العلم منهم: ابن مسعود وابن عباس وابن المسيب، وأبي الحسن ابن أبي الحسن البصري والأوزاعي والثوري والليث، وأبي عبيد وأبي ثور وأصحاب الحديث وداود الظاهري.

---

(١) المغرب للمطرزي (ص: ٣٤٦).
(٢) أخرجه البخاري (٥/ ٤٢ رقم ٣٨٣٦) ومسلم (٣/ ١٢٦٧ رقم ١٦٤٦) من حديث ابن عمر ﭬ.
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٨/ ١٢٧).

لِأَنَّهَا شُرِعَت لِرَفعِ ذَنب هَتْكِ حُرمَةَ اسمِ اللَّهِ تَعَالَى، وَقَد تَحَقَّقَ بِالِاستِشهَادِ بِاَللَّهِ كَاذِبًا فَأَشبَهَ المَعقُودَةَ. وَلَنَا: ....

وقال الشافعي: فيها الكفارة، وبه قال الزهري وعطاء. قال ابن المنذر: ولا نعلم خبرًا يدل على هذا.

(لأنها) -أي الكفارة- **(شرعت)** في المعقودة إذا صارت كاذبة بالحنث **(لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى)**؛ فلأن تجب في الغموس وهي كاذبة بالطريق الأولى، ولأنه قال: ﴿لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٥] والغموس مكسوبة القلب، وكسبُ القلب قصده، وهذا البحث بتمامه مذكورٌ في الأصول.

وللجمهور قوله عليه السلام: «**خمسٌ من الكبائرِ لا كفَّارةَ فيها** -وعدَّ منها- **اليمين الفاجرة**»[(١)] رواه أبو الفرج؛ أي الكاذبة مع أن النافي لا يحتاج إلى دليل؛ لأن [الأصل] براءة الذمة.

وقوله عليه السلام: «**من الكبائرِ: الإشراكُ باللهِ وعقوقُ الوالدينِ وقتلُ النَّفسِ واليمينُ الغموس**» رواه البخاري[(٢)] ولو كان فيها كفارة لذكَرها، وفي أخواتها لا كفارة بالإجماع.

قوله عليه السلام في حديث الحضرمي: «**أَمَا لَئِنْ حَلَفَ عَلَى مَالٍ لِيَأْكُلَهُ ظُلْمًا، لَيَلْقَيَنَّ اللَّهَ وَهُوَ عَنْهُ مُعْرِضٌ**» أخرجه مسلم[(٣)] وأبو داود والترمذي والنسائي، وقوله عليه السلام فيما رواه عمران بن حصين «**من حلفَ على** [٥٤٢/أ] **يمينٍ مصبورةٍ كاذبًا فليتبوَّأ بوجهِهِ مقعدَهُ من النَّارِ**»[(٤)] قال الخطابي: المصبورة؛ اللازمة من جهة الحكم رواه أبو داود.

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٣٦١ رقم ٨٧٢٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، قال الهيثمي في مجمع الزوائد (١/ ١٣٠): رواه أحمد، وفيه بقية، وهو مدلس وقد عنعنه. وقبله المنذري في الترغيب (٢/ ١٩٧ رقم ٢٠٨٥).

(٢) أخرجه البخاري (٨/ ١٣٧ رقم ٦٦٧٥) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما.

(٣) (١/ ١٢٣ رقم ١٣٩) من حديث وائل بن حجر رضي الله عنه.

(٤) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٢٠ رقم ٣٢٤٢) وصححه الحاكم (٤/ ٣٢٧ رقم ٧٨٠٢) على شرط الشيخين وأقره الذهبي.

أَنَّهَا كَبِيرَةٌ مَحضَةٌ، وَالكَفَّارَةُ عِبَادَةٌ تَتَأَدَّى بِالصَّومِ، وَيُشتَرَطُ فِيهَا النِّيَّةُ ....

فلو وجبت الكفارة لم تكن جزاءً لها، وما رُوي عن ابن عباس أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ قال الطالب البينة ولم تكن له بينة فاستحلف المطلوب فحلف بالله الذي لا إله إلا هو فقال[1] عليه السلام: «**بلى ولكن غفرَ لكَ بإخلاصِ قولِ لا إلَه إلا الله**»[2] كما هو مذهبنا.

وقولُه تعالى: ﴿وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلۡأَيۡمَٰنَ﴾ [المائدة: ٨٩] رتَّب الكفارة على المعقودة، واليمين الغموس ليست معقودة؛ لاستحالة البر فيها، وإنما يعقدها للبر فقارَنها ما ينافيها وهو الحنث فلم تنعقد، ووجه التمسك مع السنة وجواباتها مذكورة في الأصول.

ولأنه تعالى أمر بحفظ الأيمان بعد ما شرع الكفارة فيها بقوله: ﴿وَٱحۡفَظُوٓاْ أَيۡمَٰنَكُمۡ﴾ [المائدة: ٨٩]، والأمر بالحفظ إنما يتصورُ في المعقودة فدل على أنها خارجة عن الآية، ولأنها **(كبيرة محضة)** فلا تجب فيها الكفارة كسائر الكبائر.

وهذا لأن المشروعات ثلاثة أنواع: عبادة محضة وسببها محظور محض، وكفارات مترددة بين العبادة والعقوبة؛ ألا ترى أن **(الكفارة تتأدى بالصوم)** وهو عبادة محضة، وشرط لها النية كسائر العبادات، وهي لا تشترط في العقوبات ويفتي بها ويثاب عليها وكان سببها مترددًا بين الحظر والإباحة وذا في المعقودة؛ لأنها باعتبار تعظيم حُرمة اسم الله تعالى مباح، وباعتبار هتك هذه الحرمة بالحنث محظور.

فأما الغموس فمحظور محض؛ لأن الكذب بدون الاستشهاد بالله تعالى محظور محض فمعه أولى؛ لأنه يروّج الكذب باسم الله تعالى، وهو في نهاية الحظر فلا يصلح سببًا للكاره ولا تلزم الطهارة؛ لأنه لا يوجب الكفارة بنفسه؛ لأنه محظور ومحض بل باعتبار ضم العَوْد الذي هو مباح إليه؛ لكونه إمساكًا بالمعروف عند الجمهور، ولا يلزم الإفطار في رمضان؛ لأن الكفارة إنما تجب

(١) كذا في الأصل والسياق بها مضطرب والذي في سنن أبي داود: (فسأل).
(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٢٨رقم ٣٢٧٥) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما. وفي سنده عطاء بن السائب وهو ضعيف.

فَلَا تُنَاطُ بِهَا، بِخِلَافِ المَعقُودَةِ لِأَنَّهَا مُبَاحَةٌ، وَلَو كَانَ فِيهَا ذَنبٌ فَهُوَ مُتَأَخِّرٌ مُتَعَلِّقٌ بِاختِيَارٍ مُبتَدَإٍ، وَمَا فِي الغَمُوسِ مُلَازِمٌ فَيَمتَنِعُ الإِلحَاقُ.

(وَالمُنعَقِدَةُ: مَا يَحلِفُ عَلَى أمرٍ فِي المُستَقبَلِ أن يَفعَلَهُ أو لَا يَفعَلَهُ، وَإِذَا حَنِثَ فِي ذَلِكَ لَزِمَتهُ الكَفَّارَةُ) لِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الْأَيْمَانَ﴾ [المائدة: ٨٩] وَهُوَ مَا ذَكَرنَا (وَاليَمِينُ اللَّغوُ: أن يَحلِفَ عَلَى أمرٍ مَاضٍ وَهُوَ يَظُنُّ أَنَّهُ كَمَا قَالَ، وَالأمرُ بِخِلَافِهِ، فَهَذِهِ اليَمِينُ نَرجُو أن لَا يُؤَاخِذَ اللَّهُ بِهِ صَاحِبَهَا) وَمِن اللَّغوِ أن يَقُولَ: وَاللَّهِ إِنَّهُ لَزَيدٌ وَهُوَ يَظُنُّهُ زَيدًا وَإِنَّمَا هُوَ عَمرٌو، وَالأَصلُ فِيهِ قَوله تَعَالَى: ﴿لَّا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم﴾ [المائدة: ٨٩] الآيَةَ، إِلَّا أَنَّهُ عَلَّقَهُ بِالرَّجَاءِ ....

بفعل مباح في نفسه، وهو جماع زوجته وأكل ماله.

والمراد بالمحضة أن لا يكون فيها شبهة إباحة ولا تأويل إباحة، حتى لو زنا في رمضان أو شرب الخمر فذلك حرام في نفسه وحرام لغيره، وهو الصوم فوجب الحد بالأول والكفارة بالثاني، ولا يلزم قتل المحرم صيدًا متعمدًا؛ لأن عين الفعل ليست بمحظور محض حتى لو فعله في غير الإحرام والحرم؛ لم يحرم وإنما حَرُم بإحرامه وبالحرم لا بنفسه.

والمراد بالمؤاخذة: المؤاخذة في الآخرة؛ لأنها هي المطلقة؛ لأنها دار الجزاء، وأما في الدنيا فقد يُؤاخَذُ المطيعُ ابتلاءً، ويُنْعَمُ على العاصي استدراجًا، وأما اعتبارُه بالمعقودة على وجه القياس لما ذكرنا من الفرق، ولا من وجه الدلالة؛ لعدم اشتراكهما في المعنى الموجب.

قوله: (فلا تناط بها)؛ أي: لا تعلق الكفارة بالكبيرة، **(ولو كان فيها)**؛ أي في المعقودة، **(ذنب فهو)**؛ أي الذنب **(متأخر متعلق باختيار)** العبد فلا يمنع انعقاد اليمين.

قوله: (إلا أنه علقه)؛ أي: محمد بالرجاء، وهذا جواب سؤال ذكره في المبسوط[١]: فإن قيل: ما معنى تعليق محمد نفي المؤاخذة بالرجاء، وعدم

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٨/ ١٣٠).

لِلاختِلَافِ فِي تَفسِيرِهِ.

المؤاخذة في اللغو منصوصٌ، وما عُرف بالنص فهو مقطوع به.

قلنا: نعم؛ لكن صورة تلك اليمين مختلف فيها؛ فعلق بالرجاء نفي المؤاخذة في اللغو بالصورة التي ذكرها، وذلك غير معلوم بالنص مع أنه لم يُرد بذلك اللفظ التعليق بالرجاء؛ بل أراد به التعظيم والتبرُّك بذكر الله تعالى كما روي أنه عليه السلام مرَّ بالمقابر فقال: «**ديار قوم مؤمنين وإنَّا إن شاءَ اللهُ بكُم لاحقون**»[1]، وما ذكر الاستثناء لمعنى الشك فإنه كان يتيقن بالموت قال تعالى: ﴿إِنَّكَ مَيِّتٌ وَإِنَّهُم مَّيِّتُونَ ۝٣٠﴾ [الزمر: ٣٠] الآية، ولكن معنى ذكر الاستثناء ما ذكرنا **(للاختلاف في تفسيره).**

وما ذكر في الكتاب من تفسير اللغو مروي عن ابن عباس، وبه قال أحمد في رواية، وعن محمد هو قول الرجل: لا والله، وبلى والله في كلامه وهو مروي عن عائشة موقوفًا[2] ومرفوعًا[3]، وعن ابن عباس في رواية.

وبه قال الشافعي وأحمد ومحمد في رواية، وقال الشافعي: كل يمين صدر عن غير قصد في الماضي [٥٤٢/ب] وفي المستقبل فهو لغو، وبه قال أحمد في رواية.

وعن مالك: أن اللغو هو اليمين الغموس كذا نقل عنه الشافعية.

وفي المبسوط[4]: تأويل ما رَوَتْ عائشة أن اللغو: لا والله... الحديث، فيما يكون خبرًا عن الماضي؛ فإن اللغو ما يكونُ خاليًا عن الفائدة، والخبر في الماضي خالٍ عن فائدة اليمين على ما قررنا فكان لغوًا، أما الخبر في المستقبل بعدم القصد لانعدم فائدة اليمين؛ فكان لغوًا وردّ الشرع بأن الهزل والجد في اليمين سواء.

---

(١) أخرجه مسلم (١/ ٢١٨ رقم ٢٤٩) من حديث أبي هريرة ﷺ.

(٢) أخرجه البخاري (٦/ ٥٢ رقم ٤٦١٣).

(٣) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٢٣ رقم ٣٢٥٤) وقال: روى هذا الحديث داود بن أبي الفرات، عن إبراهيم الصائغ، موقوفا على عائشة، وكذلك رواه الزهري، وعبد الملك بن أبي سليمان، ومالك بن مغول، وكلهم عن عطاء، عن عائشة موقوفا. وصححه ابن حبان (١٠/ ١٧٦ رقم ٤٣٣٣).

(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (٨/ ١٣٠).

قَالَ: (وَالقَاصِدُ فِي اليَمِينِ، وَالمُكرَهِ، وَالنَّاسِي، سَوَاءٌ) حَتَّى تَجِبُ الكَفَّارَةُ لِقَولِهِ ﷺ: «ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزلُهُنَّ جِدٌّ: النِّكَاحُ، وَالطَّلَاقُ، وَاليَمِينُ» وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يُخَالِفُنَا فِي ذَلِكَ، وَسَنُبَيِّنُ فِي الإِكرَاهِ إِن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (وَمَن فَعَلَ المَحلُوفَ عَلَيهِ مُكرَهًا أَو نَاسِيًا فَهُوَ سَوَاءٌ)، لِأَنَّ الفِعلَ الحَقِيقِيَّ لَا يَنعَدِمُ بِالإِكرَاهِ

وقال النخعي: لغو اليمين إن كنت ناسيًا على ماض أو مستقبل. وقال الشعبي ومسروق: لغو اليمين أن يحلف على معصية فيتركها فيكون لاغيًا بيمينه. وقال سعيد بن جُبير: لغو اليمين أن يحرم على نفسه ما أحل الله له من قول أو عمل.

قوله: (**والمكرَه والناسي**)؛ أي: مذهوبا عن التلفظ باليمين ثم ذكر أنه بلفظ اليمين، وفي بعض النسخ: (الخاطئ) مكان الناسي وهو أن يريد أن يسبح فجرى على لسانه اليمين كذا في التقويم.

(**والشافعي** رَحِمَهُ اللَّهُ **يخالفنا في ذلك**) -أي في المكرَه والناسي- وكذا في الخاطيء فيقول: لا تجب الكفارة فيها؛ لأن الكفارة بستر الذنب ولا ذنب فيها، ولقوله عليه السلام: «**رُفِعَ عن أمَّتي الخطأُ والنسيانُ وما استكرهوا عليهِ**»[(١)] وقد مرَّ في الطلاق، وبقوله قال مالك وأحمد.

قوله: (**ومن فعل المحلوف عليه ناسيًا أو مكرهًا فهو سواء**)، وبه قال مالك والشافعي في قول وأحمد في رواية، وقال الشافعي في أصحهما وأحمد في رواية: لا يحنث؛ لقوله عليه السلام: «**رُفِعَ عن أمَّتي الخطأُ...**» الحديث[(٢)]، ولأنه لو حلف مكرهًا أو ناسيًا لا ينعقد يمينه، ولأن المحلوف عليه إذا وجد على وجه الإكراه؛ لأنه أحد سَببي وجوب الكفارة، ولأن الإكراه لو قارن بحكم الكفر لا يتعلق بها حكمها، فكذا إذا قارن سبب الكفارة كالجنون، كذا في شرح الوجيز.

ولنا: قوله عليه السلام: «**ثلاث...**» الحديث[(٣)]، فعلم أن الرضا والقصد

---

(١) رواه ابن ماجه (٢٠٤٥)، والحاكم (٢٨٠١) وابن حبان (٧٢١٩) من حديث ابن عباس رضي الله عنه، وصححه الحاكم على شرط الشيخين وأقره الذهبي، وصححه الشيخ الألباني في "إرواء الغليل" (٨٢).

(٢) تقدم تخريجه قريبا.

(٣) تقدم تخريجه قريبا.

وَهُوَ الشَّرطُ، وَكَذَا إِذَا فَعَلَهُ وَهُوَ مَغمِيٌّ عَلَيهِ أَو مَجنُونٌ لِتَحَقُّقِ الشَّرطِ حَقِيقَة، وَلَو كَانَت الحِكمَةُ رَفعَ الذَّنبِ، فَالحُكمُ يُدَارُ عَلَى دَلِيلِهِ وَهُوَ الحِنثُ لَا عَلَى حَقِيقَةِ الذَّنبِ، وَاللَّهُ تَعَالَى أعلَمُ بِالصَّوَابِ.

بَابُ مَا يَكُونُ يَمِينًا وَمَا لَا يَكُونُ يَمِينًا

قَالَ: (وَاليَمِينُ بِاللَّهِ تَعَالَى، أَو بِاسم آخَرَ مِن أَسمَاءِ اللَّهِ تَعَالَى، كَالرَّحمَنِ

ليس بشرط وقد وُجدَ الفعل المحلوف عليه، وقد مرَّ جواب الحديث في الطلاق، وقياسُه على المجنون رد المختلف على المختلف؛ لأن المجنون إذا فعل المحلوف عليه حنث، وقد مرَّ جواب الحديث إذا حلف قبل الجنون.

وقوله: (ولو كانت الحكمة...) إلى آخره؛ جوابُ سؤال وهو أن يقال: الكفارة لستر الذنب؛ لأنها سِتارة كاسمها، ولا ذنب في المجنون إذا أتى المحلوف عليه حال الجنون؛ فأجاب وقال: (فالحكم)؛ أي حكم الكفارة، **(دائر على دليله)** الذنب وهو الحنث في اليمين، لا مع حقيقة الذنب كما في الاستبراء فإنه يجب بخلاف الملك؛ لقيامه مقام شغل الرحم، وإن لم يُوجَد الشغل حقيقة، كالجارية المشتراة من المرأة والجارية البكر.

باب ما يكون يمينًا وما لا يكون يمينًا

لما ذكر أنواع اليمين شرع في بيان ما يحلفُ به.

قوله: (واليمين بالله أو باسم من أسماء الله تعالى)، ثم جميع أسماء الله تعالى في ذلك سواء تعارف الناس الحلف به أو لا وهو الظاهر من مذهب أصحابنا وهو الصحيح، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول؛ لقوله عليه السلام: «**من كان حالفًا فليحلِفْ بالله أو لِيَذَر**»[١].

والحلف بجميع أسمائه حلف بالله، وما ثبت بالنص أن دلالته لا يراعى فيها العرف، وقال بعض أصحابنا: كل اسم لا يسمَّى به غير الله؛ كالله والرحمن فهو يمين، وما يسمى غير الله كالحكيم والعليم والقادر؛ فإن أراد به يمينًا فهو

---

(١) أخرجه البخاري (٥/ ٤٢ رقم ٣٨٣٦) ومسلم (٣/ ١٢٦٧ رقم ١٦٤٦) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

وَالرَّحِيمِ أَو بِصِفَة مِن صِفَاتِهِ الَّتِي يُحلَفُ بِهَا عُرفًا، كَعِزَّةِ اللَّهِ وَجَلَالِهِ وَكِبرِيَائِهِ) لِأَنَّ الحَلِفَ بِهَا مُتَعَارَفٌ، وَمَعنَى اليَمِينِ ـ وَهُوَ القُوَّةُ ـ حَاصِلٌ؛ لِأَنَّهُ يَعتَقِدُ تَعظِيمَ اللَّهِ وَصِفَاتِهِ فَصَلُحَ ذِكرُهُ حَامِلًا وَمَانِعًا.

قَالَ: (إِلَّا قَولَهُ: «وَعِلمِ اللَّهِ»، فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ يَمِينًا) لِأَنَّهُ غَيرُ مُتَعَارَف. وَلِأَنَّهُ يُذكَرُ وَيُرَادُ بِهِ المَعلُومُ، ....

يمين، وإن لم يُرد به فلا يكون يمينًا كذا في الكافي، وبه قال الشافعي في قول.

قوله: (أو بصفة من صفاته) أراد بالصفة ههُنا خلاف ما أريد في النحو؛ فإن الصفة عند أهل النحو ما يمكن أن يوصف به غيره سواء فيما كان لمسماه جثة أو لا كراكب وجالس ومفهوم ومضمر حيث يقال: رجل راكب ومعنى مفهوم، فعلى هذا لا تكون العزة والجلال صفة عندهم، أما هاهنا فالاسم: عبارة عن لفظ دال على الذات مع صفته كالرحمن والرحيم والعالم، والصفة: عبارة عن المصادر التي تحصل عن وصف الله تعالى بأسماء فاعلها؛ كالرحمة والعزة والعلم.

قوله: (لأن الحلف بها)؛ أي: بصفة من صفاته **(مُتعارف)**.

وفي شرح الطحاوي: كل ما تعارفته العرب لا يكون يمينًا هذه طريقة الفقهاء، ثم العرب لم تتعارف يمينًا [٥٤٣/أ] بقوله: وعلم الله ورحمته أو غضب الله وسخطه وكذا القرآن والكلام.

وفي المبسوط(١): قال مشايخُ العراقيين: الحلف بصفات الذات كالقدرة والعظمة والعزة والجلال والكبرياء يمين، والحف بصفات الفعل؛ كالرحمة والسخط والغضب والرضا لا يكون يمينًا. وقالوا: صفات الذات ما لا يجوز أن يوصف بضده فإنه تعالى يرضى بالإيمان ولا يرضى بالكفر، وقالوا: ذكر صفات الذات والحلف بالله تعالى مشروعٌ دون غيره، وعلى هذا ينبغي أن يكون وعلمُ الله يمينًا؛ لأنه من صفات الذات ولكنهم تركوا هذا القياس؛ لما أن العلم **(يذكر ويراد به المعلوم)**.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٨/ ١٣٢).

يُقَالُ اللَّهُمَّ اغفِر عِلمَك فِينَا: أَي مَعلُومَك (وَلَو قَالَ: وَغَضَبِ اللَّهِ وَسَخَطِهِ، لَم يَكُن حَالِفًا) وَكَذَا وَرَحمَةِ اللَّهِ؛ لِأَنَّ الحَلِفَ بِهَا غَيرُ مُتَعَارَف؛ وَلِأَنَّ الرَّحمَةَ قَد يُرَادُ بِهَا

وقال الشيخ أبو المعين في تبصرة الأدلة: إن الحلف بالعلم أو الرحمة أو الغضب مشروع إن كان مراده الصفة القائمة بذاته، فعلى هذا القياس كل ما يمكن أن يكون صفة له تعالى؛ فالحلف به يكون يمينًا بالنية، ولا يلزمُ عليه قدرة الله فإنها تذكر ويراد بها المقدور، يقال: انظروا إلى قدرة الله؛ أي: مقدوره؛ لأن ذلك على طريق حذف المضاف؛ أي أثر قدرة الله، وهم يقصدون بهذا الفرق الإشارة إلى مذهبهم أن صفات الفعل غير الله.

والمذهب عندنا: أن صفات الله لا هو ولا غيره كلها قديمة، فلا يستقيم الفرق بين صفات الذات وصفات الفعل، والأصح أن نقول: إن مبنى الأيمان على العُرف؛ فما تعارفَ الناس الحلفُ به يكون يمينًا وإلا فلا، وهو اختيار مشايخ ما وراء النهر؛ لأن اليمين إنما ينعقد للحمل أو للمنع، وذا إنما يكون بما يعتقد الحالف تعظيمه وكل مؤمنٍ يعتقد تعظيم الله تعالى وصفاته؛ إذْ هو معظم بجميع أسمائه وصفاته فصارت حُرمة ذاته وصفاته حاملًا أو مانعًا على ما قصد الحالف نفيًا أو إثباتًا، وهذا إنما يكون إذا كان الحلفُ به متعارفًا أما إذا لم يكن فلا، والحلف بعلم الله غير متعارف ولم يجعل يمينًا؛ ولهذا قال محمد: و(أمانة الله) يمين، ثم سُئِل عن معناه فقال: لا أدري، فكأنه وجد العرب يحلفون بأمانة الله عادة فجعله يمينًا، وفيه خلاف الطحاوي.

فوجه رواية الأصل: أنه يتعذر الإشارة إلى شيءٍ بعينه أنه أمانة الله، والحلف به متعارف فعلم أنهم يريدون به الصفة، فكأنه قال: والله الأمين.

وقال الشافعي: وعلم الله أو وقدرة الله تعالى ونوى به اليمين، أو أطلق فهو يمين، ولو قال: أردت به المعلوم أو المقدور لم يكن يمينًا، وكذا في: وخلق الله، ورزق الله، لم يكن يمينًا بلا نية.

وقال مالك: لا ينعقد بصفات الفعل، وبه قال أحمد في رواية؛ لأنه مشترك، ومع الاشتراك لا حرمة له فلا ينعقد اليمين به؛ لأنها تعقد لحرمة اسم الله تعالى. وعن أحمد في القدرة مثل قولنا، والحلف بكلام الله والقرآن لم

أَثَرُهُ، وَهُوَ المَطَرُ أَو الجَنَّةُ وَالغَضَبُ وَالسَّخَطُ يُرَادُ بِهِمَا العُقُوبَةُ (وَمَن حَلَفَ بِغَيرِ اللَّهِ لَم يَكُن حَالِفًا كَالنَّبِيِّ وَالكَعبَةِ) لِقَولِهِ ﷺ: «مَن كَانَ مِنكُم حَالِفًا فَليَحلِف بِاَللَّهِ أَو لِيَذَر» (وَكَذَا إذَا حَلَفَ بِالقُرآنِ) لِأَنَّهُ غَيرُ مُتَعَارَف، قَالَ ؓ: مَعنَاهُ أَن يَقُولَ:

يكن يمينًا عندنا؛ لأنه غير متعارف، وعند الشافعي يكون يمينًا؛ لأنه من صفاته تعالى، وبه قال مالك وأحمد.

قوله: (ومن حلف بغير الله...) إلى **قوله**: (أو ليذر).

فإن قيل: إنه أقسم بغير ذاته وصفاته، والشمس والليل والضحى هذا كثير في القرآن، قلنا: لله تعالى ولاية الإيجاب والأمر والنهي والتعظيم والتحقير، وله ولاية أن يثبت الحرمة لمن شاء بما شاء، وليس للعبد ذلك؛ بل له أن ينتهي عما نهاهُ الله تعالى، وقد نهاهُ عن الحلف بغيره، وما اعتاده الناس من الحلف بـ(جان وسرتو)[1]؛ فإن اعتقد أنه حلف، وأن البِرَّ به واجبٌ كذا في محاسن الشرائع.

وفي التتمة: وقال علي الرازي: أخاف على من قال: بحياتي وحياتكَ وما أشبه ذلك أنه يَكْفُر، ولولا أن العامة يقولون ولا يعلمونه؛ لقلت إنه شرك؛ لأنه لا يمين إلا بالله فإذا حلف بغير الله فكأنه أشرك معه.

قال ابن مسعود: لأن أحلف بالله كاذبًا أحب إليَّ من أن أحلف بغيره صادقًا، ثم الحلف بالكعبة والنبي والعرش والكرسي وما أشبه ذلك لا ينعقد عند الجمهور، وعن أحمد ينعقد اليمين بالحلف بالنبي عليه السلام في رواية؛ لأنه أحَدُ شطري الشهادة فأشبه اسم الله.

ولنا ما رُوي عن عمر ؓ أنه عليه السلام قال: «**لا تحلفوا بآبائكم من كان حالفًا فليحلف بالله أو ليصمت**» متفق عليه[2]، وعن ابن عمر أنه عليه السلام قال: «**من حلف بغير الله فقد أشرك**» رواه الترمذي[3] وقال حديث حسن، وما قيل: إن قوله عليه السلام: «**أو ليذر**» لا يدل على نفي الجواز؛

---

(١) كلمة فارسية، (أي: بحياة رأسك). (٢) تقدم تخريجه قريبا.

(٣) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٢٣ رقم ٣٢٥١) والترمذي (٣/ ١٦٢ رقم ١٥٣٥) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما وقال: حديث حسن.

وَالنَّبِيِّ وَالقُرآنِ، أَمَّا لَو قَالَ: أَنَا بَرِيءٌ مِنهُمَا يَكُونُ يَمِينًا؛ لِأَنَّ التَّبَرِّي مِنهُمَا كُفرٌ.

قَالَ: (وَالحَلِفُ بِحُرُوفِ القَسَمِ، وَحُرُوفُ القَسَمِ: الوَاوُ كَقَولِهِ: وَاَللَّهِ، وَالبَاءُ

[٥٤٣/ب] بل يدل على الكراهة كما في قوله تعالى: ﴿وَذَرُوا۟ ٱلْبَيْعَ﴾ [الجمعة: ٩] مرود بالإجماع.

قوله: (**لأن التَّبَرِّي مِنْهُمَا**)؛ أي: من القرآن والنبي (**كفر**)، وتعليق الكفر بالشرط يمين عندنا وأحمد كما يجيء، وقال الشافعي ومالك: لا ينعقد يمينًا؛ لأن اليمين لا ينعقد بغير الله، ولو قال: أنا بريء من المصحف لا يكون يمينًا؛ لأن المصحف أوراق، ولو قال: أنا بريء مما في المصحف؛ لأن ما في المصحف قرآن فكأنه قال: أنا بريء من القرآن؛ فإذا علَّق الكفر بالشرط؛ فكأنه عظم ما في المصحف، وهو ذاته وصفاته؛ فيكون في المعنى الحلف بالله تعالى.

وفي المحيط: حلف بالقرآن أو المصحف أو بدين الله تعالى أو بطاعته أو بشرائعه أو بأنبيائه أو بملائكته أو بعرشه أو بكرسيه أو بالكعبة لا يكون يمينًا، ولو قال: إن فعلت كذا فأنا بريءٌ من القرآن أو من هذه القبلة أو من صوم رمضان أو من الصلاة أو مما في المصحف؛ فهذا يمينٌ كله، ولو قال: أنا بريء من كلامه في المصحف؛ فهو يمين واحدة، ولو رفع كتابًا فيه مكتوبٌ: بسم الله الرحمن الرحيم فقال: أنا بريء منه إن فعلت كذا فهو يمين، ولو قال: أنا بريء من الحجة التي حججت أو من الصلاة التي صليت؛ فليس بيمين بخلاف ما لو قال: أنا بريء من القرآن الذي تعلمته؛ فإنه يمين، ولو قال: أنا بريء من شهر رمضان وأراد البراءة عن فريضته؛ فهو يمين، ولو أراد البراءة عن آخر لا يكون يمينًا، وإن لم يكن له نية لا يكون يمينًا.

قوله: (**بحروف القسم**...) إلى آخره؛ (**الواو**) كقوله تعالى: ﴿وَٱللَّهِ رَبِّنَا مَا كُنَّا مُشْرِكِينَ﴾ [الأنعام: ٢٣]، (والباء) كقوله بالله. والله تعالى يقول: ﴿إِنَّ ٱلشِّرْكَ لَظُلْمٌ عَظِيمٌ﴾ [لقمان: ١٣]، (والتاء) كقوله تعالى: ﴿وَتَٱللَّهِ لَأَكِيدَنَّ أَصْنَـٰمَكُم﴾ [الأنبياء: ٥٧].

قال أهل اللسان: الأصل فيه الباء وهي من صلة الحلف فكأن الحالف يقول: حلفت أو أقسمت أو آليت بالله، ثم لما كثر الاستعمال وفهم المقصود؛ حُذف الفعل ثم الواو ملحق بالباء؛ لما في الإلصاق من معنى الجمع؛ ولهذا لا

كَقَولِهِ: بِاَللَّهِ، وَالتَّاءُ كَقَولِهِ: تَاللَّهِ) لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مَعهُودٌ فِي الأَيمَانِ وَمَذكُورٌ فِي القُرآنِ (وَقَد يُضمَرُ الحَرفُ فَيَكُونُ حَالِفًا، كَقَولِهِ: اللَّهِ لَا أَفعَلُ كَذَا) لِأَنَّ حَذفَ الحَرفِ مِن عَادَةِ العَرَبِ إِيجَازًا، ثُمَّ قِيلَ: يُنصَبُ لِانتِزَاعِ الحَرفِ الخَافِضِ، وَقِيلَ: يُخفَضُ فَتَكُونُ الكَسرَةُ دَالَّة عَلَى المَحذُوفِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ لِلَّهِ فِي المُختَارِ، لِأَنَّ البَاءَ تُبَدَّلُ بِهَا، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿ءَامَنتُمۡ لَهُۥ﴾ [طه: ٧١]. أَي آمَنتُم بِهِ.

يستعمل مع المضمر والتاء ملحقة بالواو، لأنهما من حروف الزوائد، ويبدل بها في نحو تجاه.

قوله: (وقد يضمر الحرف...) إلى **قوله: (لأن حذف الحروف...)** إلى آخره، ذكر لفظ الإضمار في الرواية، والحذف في التعليل بطريق المسامحة لما أن بينهما فرقًا؛ فإنَّ المضمر ما يبقى أثره نحو قوله تعالى: ﴿وَسۡـَٔلِ ٱلۡقَرۡيَةَ﴾ [يوسف: ٨٢].

(ثم قيل: ينصب)، وهو مذهب أهل البصرة، **(وقيل: يخفض)**، وهو مذهب أهل الكوفة هكذا ذكره في المبسوط[١].

ولكن تعليله النصب بانتزاع الخافض، والجر لدلالة الكسرة عليه غير مستقيم، فعند أهل النحو لما أن انتصابه على أنه مفعول به عند حذف حرف الجر؛ لاتصال فعل أحلف أو أقسم بالمحلوف به إلا إن يؤول قوله: **(لانتزاع الخافض)**؛ أي: بسبب انتزاع الخافض يصل فعل أحلف بالمحلوف به، وكذا الجر لإضمار حرف الجر، والعامل يعمل عمله عند الإضمار بخلاف الحذف على ما ذكرنا، إلا أن يؤول ويقول: المراد بالمحذوف المضمر تسامحًا.

قوله: (وكذا إذا قال: لله في المختار)؛ يعني يكون يمينًا؛ **(لأن الباء تبدل بها)**؛ أي: باللام فإنهما يتعاقبان **(قال الله تعالى**: ﴿ءَامَنتُمۡ لَهُۥ﴾ [طه: ٧١])؛ أي به، قال ابن عباس: دخل آدم الجنة فالله ما غربت الشمس حتى خرج.

وفي فتاوى قاضي خان: [لو بالله][٢] لا أفعل كذا وسكَّن الهاء أو رفعها أو نصبها يكون يمينًا؛ لأنه ذكر اسم الله تعالى، والخطأ في الإعراب لا يمنع صحة

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٨/ ١٣٢).
(٢) كذا في الأصل، ولعل الصواب: (لو حلف بالله).

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إذَا قَالَ: وَحَقِّ اللَّهِ، فَلَيسَ بِحَالِف، وَهُوَ قَولُ مُحَمَّد - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى - وَإِحدَى الرِّوَايَتَينِ عَن أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى (*) -.

وَعَنهُ رِوَايَةٌ أُخرَى: أَنَّهُ يَكُونُ يَمِينًا، لِأَنَّ الحَقَّ مِن صِفَاتِ اللَّهِ تَعَالَى، وَهُوَ حَقِيَّتُهُ، فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ: وَاَللَّهِ الحَقِّ، وَالحَلِفُ بِهِ مُتَعَارَفٌ. وَلَهُمَا: أَنَّهُ يُرَادُ بِهِ طَاعَةُ اللَّهِ تَعَالَى، إذ الطَّاعَاتُ حُقُوقُهُ فَيَكُونُ حَلِفًا بِغَيرِ اللَّهِ، قَالُوا: وَلَو قَالَ: وَالحَقِّ، يَكُونُ يَمِينًا، وَلَو

القسم، لا في عُرف الاستعمال ولا في عُرف الشرع؛ لما روي في حديث ركانة: والله ما أردت[1] بالرفع، ويُروى بالجر، وروي أنه عليه السلام قال لابن مسعود: «**حلف أبا جهل**» بالنصب وعليه الجمهور.

وعن القفال من أصحاب الشافعي وأحمد في رواية: ولو قال بالرفع لا يكون يمينًا إلا بالنية؛ لأنه لم يأت بالموضُوع ولا قصده، ويحتمل ابتداء الكلام ويحتمل اليمين فلا يكون يمينًا إلا بالنية، وعليه جمعٌ من أصحاب الشافعي، والصحيح ما ذكرنا أن الخطأ في الإعراب لا يمنع صحة القسم لما ذكرنا.

قوله: **(وعنه)**؛ أي: وعن أبي يوسف في رواية أخرى أنه يمين؛ يعني: إذا أطلق، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد، وكذا إذا لم ينو العبادات أما إذا نوى العبادات لا يكون يمينًا كما قال أبو حنيفة ومحمد، وعن أحمد: لا يقبل قوله؛ لأنه اقترَن بعُرف الاستعمال إلى اليمين؛ فانصرف إلى ما يستحقه لنفسه من العظمة والكبرياء؛ فأشبه قدرة الله فتكون نيته خلاف الظاهر فلا يُعتبر.

وقلنا: الحق إذا أضيف به الله تعالى يراد به العبادات عرفًا وشرعًا، فقد قيل للنبي عليه السلام: أن لا تشركوا به شيئًا وتعبدوه، [٥٤٤/أ] وتقيموا الصلاة وتؤتوا الزكاة، والحلف بالطاعات لا يكون يمينًا؛ لأنه حَلِفٌ بغير الله بخلاف ما لو قال: **(والحقِّ)** مُعرَّفًا حيث **(يكون يمينًا)** بالإجماع؛

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٦٣ رقم ٢٢٠٨) والترمذي (٢/ ٤٧١ رقم ١١٧٧) وقال: هذا حديث، لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وسألت محمدا عن هذا الحديث، فقال: فيه اضطراب. ونقل ابن الملقن في البدر المنير (٨/ ١٠٤) تصحيح أبي داود لحديث ركانة رضي الله عنه.

قَالَ: حَقًّا لَا يَكُونُ يَمِينًا؛ لِأَنَّ الحَقَّ مِن أَسمَاءِ اللَّهِ تَعالَى، وَالمُنَكَّرُ يُرَادُ بِهِ تَحقِيقُ الوَعدِ.

(وَلَو قَالَ: أُقسِمُ، أَو أُقسِمُ بِاَللَّهِ، أَو أَحلِفُ، أَو أَحلِفُ بِاَللَّهِ، أَو أَشهَدُ، أَو أَشهَدُ بِاللَّهِ، فَهُوَ حَالِفٌ)؛ ....

(لأن الحق من أسماء الله تعالى) قال تعالى: ﴿ذَٰلِكَ بِأَنَّ ٱللَّهَ هُوَ ٱلْحَقُّ﴾ [الحج: ٦] وقال تعالى: ﴿وَلَوِ ٱتَّبَعَ ٱلْحَقُّ أَهْوَآءَهُمْ﴾ [المؤمنون: ٧١].

قوله: (قال: حقًّا لا يكون يمينًا)؛ لأنه منكَّر، **(والمنكَّر يراد به تحقيق الوعد)**، ومعناه افعل هذا لا محالة فلا يكون يمينًا.

وحكي عن الإمام إسماعيل الزاهد الصفَّار: أنه يكون يمينًا؛ لأنه ذكره مطلقًا ولم يذكره مضافًا إلى الله تعالى؛ فصار كالحق يكون يمينًا، وفي ظاهر الرواية لا يكون يمينًا؛ لأن النكرة في أسماء الله لا تتصور؛ إذِ النكارة إنما تكونُ فيما فيه التعدد؛ فبدلالة التنكير عُرف أنه لم يرد به اسم الله تعالى؛ بل أراد تحقيق الوعد فلا يكون يمينًا.

ولو قال: وجه الله لم يكن يمينًا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: يكون يمينًا؛ لأن وجه الله ذاته قال تعالى: ﴿كُلُّ شَيْءٍ هَالِكٌ إِلَّا وَجْهَهُۥ﴾ [القصص: ٨٨]؛ أي ذاته.

وله: أنه قد لا يراد به الذات ولا الصفة كقولك: فعلتُ ذلك ابتغاء وجه الله؛ لا تراد الصفة والا الذات، فإذا استعمل في غيرهما وقع الشك في انعقاد اليمين؛ فلا ينعقدُ بالشك.

قوله: (ولو قال: أُقْسِمُ أو أقسمُ بِاللَّهِ...) إلى **قوله: (فهو حالف)**، وكذا لو قال: أَعزمُ أو أُعزمُ بالله. وقال زفر: إذا لم يقل بالله في هذه الفصول لا يكونُ يمينًا، وبه قال الشافعي نوى أو لم ينو.

وقال مالك: إذا نوى اليمين بقوله: أقسم بالله إلى آخره يكون يمينًا وإن أطلق فلا.

وعن أحمد؛ إذا لم يقل بالله فهو يمين أيضًا في رواية كمذهبنا سواء نوى اليمين أو لا، وفي رواية: لا بدون ذكر الله.

لِأَنَّ هَذِهِ الأَلفَاظَ مُستَعمَلَةٌ فِي الحَلِفِ وَهَذِهِ الصِّيغَةُ لِلحَالِ حَقِيقَة، وَتُستَعمَلُ لِلاستِقبَالِ بِقَرِينَة، فَجُعِلَ حَالِفًا فِي الحَالِ، وَالشَّهَادَةُ يَمِينٌ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿قَالُوا

وجه قولهم: إن أقسم يحتمل أن يكون قسمًا باسم الله، ويحتمل أن يكون قسمًا بغير اسم الله فلا يكون يمينًا، وفي أشهدُ بالله، إذا نوى اليمين يكون يمينًا بالإجماع وإن أطلق فكذلك عندنا وزفر وأحمد في رواية، والشافعي في وجه، وفي وجه لا يكون يمينًا، وبه قال مالك؛ لاحتمال أن يكون المراد أشهد بوحدانية الله تعالى ثم يبتدئ لأفعلن كذا.

وجه الأول: ورود الشرع بالشهادة بمعنى القسم قال تعالى: ﴿نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ ٱللَّهِ﴾ [المنافقون: ١] ثم قال تعالى: ﴿ٱتَّخَذُوٓاْ أَيْمَٰنَهُمْ جُنَّةً﴾ [المجادلة: ١٦].

وفي شرح المجمع: وقوله: أشهد بالله يكون يمينًا بالاتفاق، وهذا نصٌّ في المنظومة وفي إشارات الأسرار: ذكر خلاف زفر فيهما.

قوله: (هذه الألفاظ)؛ أي: أقسم وأخواته مستعملة في الحلف، أما الأول؛ فلقوله تعالى: ﴿إِذْ أَقْسَمُواْ لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِينَ﴾ [القلم: ١٧] وأما الثاني؛ فلقوله تعالى: ﴿يَحْلِفُونَ بِٱللَّهِ﴾ [النساء: ٦٢]، وأما الثالث فلِمَا تلونا من قوله تعالى: ﴿ٱتَّخَذُوٓاْ أَيْمَٰنَهُمْ جُنَّةً﴾ سواء ذكر قوله بالله أو أطلق؛ لأن الحَلف في الظاهر يكون بالله؛ إذْ هو المعهود المشروع وبغيره مهجور. والعزم عبارة عن القصد البليغ الذي ينتهي إليه قصد العازم فكان يمينًا؛ لأنه صريح بمعناها.

(وهذه الصيغة)؛ أي: صيغة أقسم **(للحال حقيقة)** عند الفقهاء فكذا في الشرع حتى جُعل قولُ المرأة: اختيار نفسي عند التخيير بمنزلة اخترتُ، وكذا قول الموحد: أشهدُ وقول الشاهد عند القاضي: أشهدُ للحال **(وتستعمل للاستقبال)** بقرينة سوف أو السين.

فإن قيل: اليمين ما كان حاملًا ومانعًا على فعلِه أو تركه، وعند ترك البر موجبًا للكفارة فقوله: أقسم، لا يكون موجبًا من البر شيئًا بمجرده؛ لأنه لم ينعقد على فعل شيء أو تركه فكيف يكون يمينًا؟ ولأن الكفارة ساترة لذنب هتك حرمة اسم الله وليس في (أقسم) مجردًا هتك لحرمة اسم الله؛ فكيف يكون يمينًا موجبًا للكفارة؟ ولأن صيغة فعل المضارع كما تكون للحال تكون للاستقبال؛

نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ ٱللَّهِ﴾ [المنافقون: ١] ثُمَّ قَالَ: ﴿ٱتَّخَذُوٓاْ أَيْمَٰنَهُمْ جُنَّةً﴾ [المجادلة: ١٦] وَالحَلِفُ بِاَللَّهِ هُوَ المَعهُودُ المَشرُوعُ وَبِغَيرِهِ مَحظُورٌ فَصُرِفَ إِلَيهِ، وَلِهَذَا قِيلَ: لَا يَحتَاجُ إِلَى النِّيَّةِ، وَقِيلَ: لَا بُدَّ مِنهَا لِاحتِمَالِ العِدَّةِ وَاليَمِينِ بِغَيرِ اللَّهِ.

(وَلَو قَالَ بِالفَارِسِيَّةِ: «سوكند ميخورم بخداي» يَكُونُ يَمِينًا)؛ لِأَنَّهُ لِلحَالِ، وَلَو قَالَ: سوكند خورم، قِيلَ: لَا يَكُونُ يَمِينًا، وَلَو قَالَ: بِالفَارِسِيَّةِ سوكند خورم بِطَلَاقِ زنم لَا يَكُونُ يَمِينًا؛ لِعَدَمِ التَّعَارُفِ.

فلا تجب الكفارة بالشك خصوصًا في حق الكفارة؛ فإنها ملحقة بالحدود ولهذا تداخلت.

قلنا: قوله: أقسم للحال حقيقة كما قلنا؛ فكان بمنزلة قوله: على يمين أو يمين الله، والإقرار باليمين يمين موجبٌ للكفارة ذكره في الذخيرة والمنتقى؛ لأن اليمين بالله هو المعهود المشروع كما بيّـنّا فكان إقرارًا بوجوب الكفارة، فإذا كان إقرارٌ بوجوب الكفارة لا يحتاج إلى وجوب البرِّ ابتداء، ولا إلى تصور هتك حُرمة اسم الله ولا إلى جعل تلك الصيغة للحال كذا قالوه.

ولهذا ولأن المعهود المشروع اليمين قال بعض المشايخ: (**لا يحتاج إلى النية**)، وقيل: (**لا بدَّ منها**)؛ أي: من النية؛ أي: فيما إذا أطلق أقسم أو غيره عن ذكر الله تعالى ذكره صاحب الإيضاح؛ [٥٤٤/ب] لاحتمال العِدة واليمين بالجرِّ عطفًا على الاحتمال يعني: هذه الصيغة وإن كانت مستعملة للتحقيق تستعمل أيضًا للإخبار عن المستقبل؛ فإذا نوى جعله إيجابًا للحال.

قوله: (بل لا) يكون شرطًا؛ لأنه وعدٌ.

وفي الذخيرة: وقيل سوكندخوده يكون يمينًا كما لو قال: مي خودم أو خوردم، ولو قال: سوكندخورده إن كان صادقًا يكون يمينًا وإن كان كاذبًا فلا شيء عليه، ولو قال: مراسوكند بطلاق لست له شراب خورم فشرب طلقت امرأته، وإن لم يكن حلفَ ولكن قال: قلتُ لدفع تعرضهم لا يُصَدق قضاء، ولو قال: مراسوكند خانه است نخورم وشرب طلقت امرأته؛ لأن الأوهام تنصرف إليه، ولو قال: تخرجي من الدار بغير إذني، فإني قد حلفتُ بالطلاق فخرجت بغير إذنه لا تطلق؛ لأنه ما أضاف الطلاق إليها.

قَالَ: (وَكَذَا قَوْلُهُ: لَعَمرُ اللَّهِ، وَأَيمُ اللَّهِ) لِأَنَّ عَمرَ اللَّهِ بَقَاءُ اللَّهِ، وَأَيمُ اللَّهِ مَعنَاهُ: أَيمُنُ اللَّهِ وَهُوَ جَمعُ يَمِين، وَقِيلَ: مَعنَاهُ وَاَللَّهِ وَأَيمُ صِلَةٌ كَالوَاوِ، وَالحَلِفُ بِاللَّفظَينِ مُتَعَارَفٌ.

قوله: (**وكذا قوله: لَعَمْرُ اللَّهِ...**) إلى آخره؛ فقد عطف المسألة وهو **قوله**: (**أقسم...**)[1] إلى آخره، وفي المغرب[2]: العَمر -بالفتح والضم- البقاء إلا أن الفتح غلب في القَسَم لا يجوز فيه الضمُّ.

وفي المبسوط[3]: لعمرو الله يمينٌ باعتبار المعنى، قال تعالى: ﴿لَعَمْرُكَ﴾ [الحجر: ٧٢] والعمر هو البقاء، والبقاء من صفات الذات فكأنه قال: والله الباقي، ولو أطلق لعمرو الله وأيم الله يكون يمينًا عندنا وأحمد، وبه قال الشافعي في وجه؛ لاشتهاره في اليمين لغة وعرفًا وشرعًا؛ لما قلنا: إن العمران البقاء، وقال تعالى: ﴿لَعَمْرُكَ﴾ [الحجر: ٧٢] الآية، وقال النابغة:

لـعـمـرو الـذي قـد زرتـه حـجـجًـا ... وما أُريقَ على الأنصابِ من جَسَدِ[4]

وقال الشافعي: في وجه لا يكون يمينًا بدون النية؛ لأنه كما يُطلق بمعنى البقاء يُطلق بمعنى العبادات والمفروضات، ولا خلاف فيما إذا نوى يمينًا، وكذا لو قال: في أيم الله؛ لأنه جمعُ يمين فكأنه قال: أيمن الله ولا يعرفه ولا يستعمله إلا خواص الناس؛ فلا يكونُ يمينًا إلا بالنية لعدم اشتهاره.

وقلنا: وأيم الله جمع يمين وهو مذهب أهل الكوفة؛ فكان التقديرُ أيمن الله قَسَمي وكأنه قال: حلفتُ بالله.

وقد روي أنه عليه السلام قال: «**وأيمُ اللهِ لخليقٌ بالإمارة**»[5] فكان مشهورًا في اليمين بعرف الاستعمال، وقيل معناه: (والله وايمُ) صلة؛ أي: من صلات القسم، ولو كان جمع يمين لما سقطت همزته عند الوصل، وجعل في المفصل حذف النون (أيم)، وحذف همزته عند الدرج من التخفيف في القسم؛ ففيه دليل على أن همزته همزة قطع كما هو مذهب الفراء؛ فإنه يزعم أنه جمع يمين

---

(١) انظر المتن ص ٨٤٦.

(٢) المغرب (ص: ٣٢٧).

(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٨/ ١٣٢).

(٤) ديوان النابغة (ص: ٢١).

(٥) أخرجه البخاري (٦/ ١٦ رقم ٤٤٦٩) ومسلم (٤/ ١٨٨٤ رقم ٢٤٢٦) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(وَكَذَا قَوْلُهُ: «وَعَهدِ اللَّهِ» «وَمِيثَاقِهِ») لِأَنَّ العَهدَ يَمِينٌ. قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَأَوْفُوا

فسقوطها عند الوصل؛ لأجل التخفيف في القسم.

وذهب سيبويه إلى أنها كلمة اشتقت من اليمين ساكنة الأول؛ فاجتلبت الهمزة للنطق بالساكن كما اجتلبت في ابن وأشباهه، فعلى هذا لا تكون الهمزة مخففة في الوصل؛ لأجل القسم كذا في الأقليد.

قوله: (وكذا قوله: وعهد الله وميثاقه)؛ أي: إذا أطلق فهو يمين عندنا ومالك وأحمد.

وقال الشافعي: لا يكون يمينًا بغير النية؛ لأن العهد والميثاق يحتمل العبادات فلا يكون يمينًا بغير النية.

وقلنا: غلب الاستعمال العهد في اليمين؛ إذِ الحالف عاهد الله أن لا يفعل ذلك الشيء أو يفعله دلَّ عليه قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا۟ بِعَهْدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمْ﴾، ثم قال: ﴿وَلَا تَنقُضُوا۟ ٱلْأَيْمَٰنَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا﴾ [النحل: ٩١]، والميثاق بمعنى العهد، وكذا الذمّة ولهذا يسمَّى الذمي معاهدًا، قال تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذْنَا مِنَ ٱلنَّبِيِّـۧنَ مِيثَٰقَهُمْ﴾ [الأحزاب: ٧] الآية، وكذا الأمانة على هذا الخلاف فعندنا ومالك وأحمد في رواية يمين للعادة الغالبة، وعند الشافعي فُسِّرت الأمانة بالعبادات، وفي قوله تعالى: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا ٱلْأَمَانَةَ﴾ [الأحزاب: ٧١] فلا بدَّ من النية، وقد مرَّت المسألة.

ولو قال: عليَّ عهد الله وأمانته أو ميثاقه ولم تكن له نية؛ فهو يمين عندنا ومالك وأحمد، وعن الشافعي وجهان: في وجه يكون يمينًا، ولو حلف تكون كفارة واحدة.

وحكي عن مالك: يجب عليه بكل لفظ كفارة؛ لأن كل لفظ يمين بنفسه، وهو قياس مذهبنا إذا ذكر بالواو، والله والرحمن والرحيم إلا في رواية الحسن عن أبي حنيفة وهو قول زفر.

وعند الشافعي؛ لو قصد بكل لفظ يمينًا كما قال مالك، وإلا يكون الجمع بين الألفاظ للتأكيد كما قال: والله الرحمن الرحيم فتجب كفارة واحدة كما

بِعَهْدِ ٱللَّهِ﴾ [النحل: ٩١] وَالمِيثَاقُ عِبَارَةٌ عَن العَهدِ (وَكَذَا إِذَا قَالَ: «عَلَيَّ نَذرٌ» أَو «نَذرُ اللَّهِ») لِقَولِهِ ﷺ: «مَن نَذَرَ نَذرا وَلَم يُسَمِّ فَعَلَيهِ ....

قلنا، الواو للعطف [٥٤٥/أ] وهو يوجبُ المغايرة فيتعلق بكل لفظ كفارة.

قوله: (وَكَذَا إِذَا قَالَ: عَلَيَّ نَذْرٌ أَوْ نَذْرُ اللَّهِ) هاهنا أربع مسائل:

الأولى: أن ينذر نذرًا مطلقًا كما قال في الكتاب وهو يمين.

الثانية: أن يقول: لله عليَّ صوم يوم كذا أو عليَّ نذر صوم كذا؛ فعليه الوفاء بما نذر.

والثالثة: أن يعلق نذره بشرط كما لو قال: إذا جاء فلان أو شفى الله مريضي؛ فعليَّ نذر صوم كذا، وعليَّ صوم يوم كذا فعليه الوفاء بما سمَّى.

والرابعة: أن يقول: عليَّ نذر أن لا أفعل كذا فهو ينعقد يمينًا، وموجبه موجب اليمين كذا ذكر الإمام بدر الدين خواهر زاده.

للشافعي أقوال ثلاثة في هذه المسائل: في قول يمين، وفي قول يخيَّر بين الوفاء بالنذر والكفارة، وبه قال أحمد لعدم إمكان الجمع بينهما، [وفي يجب][(١)] الوفاء بما سمَّى، فعلى هذا في **قوله: (عليَّ نذرٌ)** كقوله: عليَّ عبادة، فعليه تعيين عبادَة يلزم مثلها بالنذر.

وعندنا لو قال: عليَّ نذر أو نذر الله إن فعلت كذا؛ فإن نوَى به قربة من القرب التي يصح النذر بها؛ لزمَهُ ما نوى وإن لم تكن له نية؛ فعليه كفارة يمين لقوله عليه السلام: «**ومن نذرَ نذرًا...**» الحديث[(٢)]، أوّل الحديث: «**من نذرَ نذرًا وسمَّى فعليهِ الوفاءُ بما سمَّى**»[(٣)]، وعن عقبة ابن عامر أنه عليه السلام قال:

---

(١) كذا في الأصل ولعل الصواب: (وفي قول يجب).

(٢) تقدم تخريجه قريبا.

(٣) قال الزيلعي: غريب. نصب الراية (٣/ ٣٠٠)، وقال ابن حجر: لم أجده، ولكن في البخاري من حديث ابن عباس: أن رجلًا قال: يا رسول الله إن أختي نذرت، الحديث، وقال: «فاقْضِ الله»، وعن عائشة رفعته: «من نذر أن يطيع الله فليطعه» الحديث، ولمسلم عن عمران بن حصين رفعه: «لا وفاء لنذر في معصية»، وفي المتفق عن ابن عمر في قصة عمر: «فأوْفِ بنذرك». الدراية (٢/ ٩٢).

كَفَّارَةُ يَمِين» (وَإِن قَالَ: إن فَعَلتُ كَذَا فَهُوَ يَهُودِيٌّ، أَو نَصرَانِيٌّ، أَو كَافِرٌ، تَكُونُ يَمِينًا)، لِأَنَّهُ لَمَّا جَعَلَ الشَّرطَ عَلَمًا عَلَى الكُفرِ فَقَد اعتَقَدَهُ وَاجِبَ الِامتِنَاعِ، وَقَد أَمكَنَ القَولُ بِوُجُوبِهِ لِغَيرِهِ بِجَعلِهِ يَمِينًا ....

«**كفارة النذر كفارة اليمين**»[(١)]، وعن عائشة أنها سألت عمن جعل ماله في رتاج[(٢)] الكعبة إن كلم ذا قرابة له فقالت: يكفره ما يُكفر اليمين.

والمعنى أن المقصود من ذلك؛ يمنع النفس عن الفِعل أو الترك؛ فكان في معنى اليمين فيكون موجبُه موجب اليمين، وكذا في المسألة الرابعة وفي المسألة الثانية والثالثة يلزمه الوفاء بما سمَّى، ولو نوى اليمين مع ذلك فهل يكون يمينًا؟ والمسألة بحالها مشهورة في الأصول، وسيجيء بعدُ إن شاء الله، وكذا لو قال: عليَّ يمين؛ فهو يمين؛ لأن معناه يوجب اليمين.

قوله: (وإن قال: إن فعلت كذا فهو يهودي...) إلى آخره.

وقال الشافعي ومالك وأحمد في رواية: لا يكون يمينًا؛ لأنه علَّق بالفعل ما هو معصية كما لو قال: إن فعلتُ كذا فأنا زان ونحوه.

ولنا وأحمد ما روي عن زيد بن ثابت عن النبي ﷺ أنه سُئل عن الرجل يقول: هو يهودي أو نصراني أو مجوسي أو بريء من الإسلام في اليمين يحلف بها فيحنث في هذه الأشياء فقال عليه السلام: «**عليه كفارة يمين**»[(٣)]. (ولأنه جعل الشرط علمًا على الكفر...) إلى آخره، **(وقد أمكن القول بوجوبه)**؛ أي: بوجوب الامتناع لغيره، والشرط لا يكون واجب الامتناع لذاته علم أن قصده أن يكون واجبًا لغيره، والواجب لغيره لا بدَّ له موجب وليس ذا إلا اليمين بالله تعالى بخلاف. قوله: أنا زانٍ وأمثاله؛ لأن حرمة الكفر لا تحتمل السقوط والنسخ، وحرمة هذه ألا تحتملهما؛ فلا يكونُ حرمتها كحرمة هتك اسم الله تعالى فلم يكن يمينًا كما يجيء.

---

(١) تقدم تخريجه قريبًا.
(٢) الرتاج: هو الباب. النهاية في غريب الحديث والأثر (٢/ ١٩٣).
(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ٣٠ رقم ٢٠٣٣٣)، وقال: لا أصل له من حديث الزهري ولا غيره، تفرد به سليمان بن أبي داود الحراني وهو منكر الحديث ضعفه الأئمة وتركوه.

كَمَا تَقُولُ فِي تَحرِيمِ الحَلَالِ.

وَلَو قَالَ ذَلِكَ لِشَيءٍ عَقَدَ فِعلَهُ فَهُوَ الغَمُوسُ، وَلَا يَكفُرُ اعتِبَارًا بِالمُستَقبَلِ. وَقِيلَ: يَكفُرُ؛ لِأَنَّهُ تَنجِيزٌ مَعنًى، فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: هُوَ يَهُودِيٌّ. وَالصَّحِيحُ، أَنَّهُ لَا يَكفُرُ فِيهِمَا إِن كَانَ يَعلَمُ أَنَّهُ يَمِينٌ، وَإِن كَانَ عِندَهُ أَنَّهُ يَكفُرُ بِالحَلِفِ يَكفُرُ فِيهِمَا؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِالكُفرِ حَيثُ أَقدَمَ عَلَى الفِعلِ (وَلَو قَالَ: إِن فَعَلتُ كَذَا فَعَلَيَّ غَضَبُ اللَّهِ، أَو سَخَطُ اللَّهِ، فَلَيسَ بِحَلِف) لِأَنَّهُ دُعَاءٌ عَلَى نَفسِهِ، وَلَا يَتَعَلَّقُ ذَلِكَ بِالشَّرطِ؛ وَلِأَنَّهُ غَيرُ مُتَعَارَف (وَكَذَا إِذَا قَالَ: إِن فَعَلتُ كَذَا فَأَنَا زَانٍ أَو سَارِقٌ أَو شَارِبُ خَمر أَو آكِلُ رِبا)؛ لِأَنَّ حُرمَةَ هَذِهِ الأَشيَاءِ تَحتَمِلُ النَّسخَ وَالتَّبدِيلَ ....

قوله: (كما تقول في تحريم الحلال) فإنه يمينٌ عندنا بالنصِّ، وبه قال أحمد.

وعند الشافعي لا يكون يمينًا إلا في النساء والجواري. وقال مالك: من حرَّم على نفسه شيئًا غير امرأته لا يلزمه شيء وليس بيمين ويجيء بعد أيضًا. ثم وجه التشبيه أن معنى اليمين يتحقق في تحريم الحلال بالقصد إلى المنع أو الإيجاب؛ لأن المؤمن يكون ممتنعًا عن تحريم الحلال فإذا جعل ذلك بيمينه علامة فعله عرفنا أنه قصد منع نفسه من ذلك الفعل، فكذا في قوله: هو كافر إن فعل كذا؛ لأن حرمة الكفر تامَّةٌ لازمةٌ كحرمة هَتْكِ اسم الله تعالى، فإذا جعل فعله علامة لذلك كان يمينًا كذا في المبسوط[1].

قوله: (ولو قال ذلك لشيء عقد فعله)؛ يعني: ما ذكرنا إذا كان في المستقبل، أما إذا كان في الماضي لشيءٍ **(عقد فعله فهو الغموس)**، ولا يكفّر في المروي عن أبي يوسف اعتبارًا للماضي بالمستقبل؛ وهذا لأنه قصد به اليمين ولم يقصد به تحققه.

وقال محمد بن مقاتل: يكفِّر؛ **(لأنه)**؛ أي ذلك القول في الماضي تعليقٌ صورةً **(تنجيزٌ معنًى)**؛ لأنه علقه بما هو موجودٌ، والتعليق بشيء كائن تنجيز فكأنه قال: هو كافر.

قوله: (لأن حرمة هذه الأشياء تحتمل النسخ والتبديل)، أما الزنا والسرقة

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٨/ ١٣٥).

فَلَم تَكُن فِي مَعنَى حُرمَةِ الِاسمِ وَلِأَنَّهُ لَيسَ بِمُتَعَارَف.

لا يحتملان النسخ، ولكن ذلك الفعل المقصود بالزنا وذلك العين المقصود بالسرقة بعينه؛ جاز أن يكون حلالًا له بوجه [٥٤٥/ب] النكاح، وملك اليمين؛ فسمى احتمال انقلابهما من الحرمة إلى الحل بالسبب الشرعي نسخًا وتبديلًا؛ إذِ المراد بالنسخ الرفع، وبالتبديل التغيير، وأما الخمر والزنا فيحتملان النسخ؛ ولهذا كان الخمرُ حلالًا ثم نسخ، والزنا يحتمل النسخ في نفسه وإن لم يرد النسخ في حقه؛ ولهذا كان مباحًا في دار الحرب، ولأنه لا يكون زانيًا أو سارقًا أو شارب خمر بمجرد قوله: **(أنا زانٍ أو سارق)**، فيما بينه وبين الله تعالى بدون اتصال الفعل. بخلاف قوله: أنا يهودي أو نصراني، والأصح في التعليل أن الحلف بهذه الأشياء غير متعارَف، ولا خلاف للأئمة الأربعة في هذه المسائل.

وفي الذخيرة: والحاصل أن كل حرمة مؤبدة؛ إذا كان معلقًا بالشرط يكون يمينًا في كل حُرمة غير مؤبدة؛ فاستحلاله بالشرط معلقًا لا يكون يمينًا.

فروع: في المحيط: لو قال: إن فعلت كذا فاشهدوا عليَّ بالنصرانية؛ فهو يمين، ولو قال: إني عبدك أشهدك وأشهد ملائكتك أني لا أدخل دار فلان؛ فليس بيمين، ولو مسلماني نكرده أم خداي را كرحنين كرده أم، قيل: ليس بشيءٍ.

قال أبو الليث: إن أراد به الكذب فهو لغو، وإن أراد به أن الذي فعلت؛ لم يكن حقًّا فهو يمين، ولو قال: هراميدي كه أرخداي دارم نوميدم إن فعلت كذا فهو يمين، ولو قال: خداي يديرفتم أن لا أفعلَ هذا فهو يمين، ولو قال: إن فعلت كذا فأنا بريء من الكتب الأربعة؛ فهو يمين واحدة، ولو قال: أنا بريء من الإنجيل وبريء من التوراة وبريء من الزبور وبريء من الفرقان؛ فهذه أربعة أيمان، وكذا لو قال: بريء من الله وبريء من رسوله والله ورسوله بريئان منه؛ فهو أربعة أيمان، ولو قال: بريء من الله ورسوله فهن واحدة.

وفي الجامع: أصل ذلك أنه متى دخل بين اسمين حرف العطف فهو يمينان، ومتى ذكرهما بغير الواو كانت يمين واحدة، ولو قال: والله والرحمن، يكون يمينين إلا أن يُريد تكرار الأول، وروى الحسن عن أبي حنيفة، وبه قال

فَصلٌ فِي الكَفَّارَةِ

قَالَ: (كَفَّارَةُ اليَمِينِ عِتقُ رَقَبَة، يُجزِي فِيهَا مَا يُجزِي فِي الظِّهَارِ، وَإِن شَاءَ كَسَا عَشَرَةَ مَسَاكِينَ، كُلَّ وَاحِد ثَوبًا فَمَا زَادَ، وَأَدنَاهُ مَا يَجُوزُ فِيهِ الصَّلَاةُ، وَإِن شَاءَ أَطعَمَ عَشَرَةَ مَسَاكِينَ، كَالإِطعَامِ فِي كَفَّارَةِ الظِّهَارِ) وَالأَصلُ فِيهِ قَوله تَعَالَى: ﴿فَكَفَّرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ﴾ [المائدة: ٨٩] الآيَةَ، وَكَلِمَةُ «أو» لِلتَّخيِيرِ، فَكَانَ الوَاجِبُ أَحَدَ الأَشيَاءِ الثَّلَاثَةِ. قَالَ: (فَإِن لَم يَقدِر عَلَى أَحَدِ الأَشيَاءِ الثَّلَاثَةِ ....

زفر يكون يمينًا واحدة، وإن أدخل الواو بينهما وقد ذكرنا خلاف الشافعي ومالك، ولو قال: واللهِ واللهِ، فهو يمين. ولو قال: والله ووالله، يكون يمينًا واحدة استحسانًا، ولو قال: والرحمن إن أراد السورة لا يكون يمينًا.

وفي المنتقى: لو قال: والله والله، أو قال: والله ثم الله، لا أفعل كذا. أو إن دخلت كذا فهو يمين واحدة استحسانًا، وفي القياس يمينان، وبه نأخذ.

وعن أبي يوسف إذا قال: والله لا أكلمك والله لا أكلمك، فهما يمينان. وروى الحسن: إن نوى بالثاني الخبر عن الأول يصدق ديانة، ولو قال: والله لا أكلم فلانًا يومًا، والله لا أكلمه شهرًا، والله لا أكلمه سنة، إن كلمه بعد ساعة؛ فعليه ثلاثة أيمان وإن كلمه بعد يوم؛ فعليه يمينان، وإن كلمه بعد شهر؛ فعليه يمين واحدة وإن كلمه بعد سنة؛ فلا شيء عليه.

فصل في الكفارة

لما ذكر الموجب شرع في بيان الموجب وهو الكفارة؛ لأنها موجبة عند الحنث فإن اليمين سبب للكفارة عند الحنث بطريق الانقلاب، وقال بعض أصحاب الشافعي: اليمين سببٌ عند الحنث كملك النصاب عند تمام الحول؛ لأنه تعالى قال: ﴿ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ [المائدة:٨٩] وهو قريب من مذهبنا، وقال عامة أصحابه: السبب؛ اليمين والحنث جميعا؛ لأنه لو كان مجرد اليمين سببًا لوجبت الكفارة ولو لم يوجد الحنث، ولكن يلزم عليهم أن لا تجوز الكفارة قبل الحنث لعدم السبب قبله؛ ولهذا اختار صاحب الوجيز الأول.

الكفارة: الفعلة التي من شأنها أن تكفر الخطيئة؛ أي: تسترها.

قوله: (الواجب أحد الأشياء الثلاثة) ويتعين بفعل العبد، وفي هذه المسألة

صَامَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ مُتَتَابِعَاتٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُخَيَّرُ لِإِطْلَاقِ النَّصِّ. وَلَنَا: قِرَاءَةُ ابنِ مَسعُود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ مُتَتَابِعَاتٍ وَهِيَ كَالخَبَرِ المَشهُورِ ....

بين الأصوليين كلام كثير موضعه الأصول، والمذهب ما قلنا، وتفصيل الإعتاق والإطعام قد مضى في كفارة الظهارة.

قوله: (وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ يُخَيَّر) للشافعي قولان: في قول يُخَيَّرُ بين التتابع وعدمه، وبه قال مالك وأحمد في رواية لإطلاق النص، وهو قوله تعالى: ﴿فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ﴾ [البقرة: ١٩٦]، وفي قول: يشترط التتابع وهو قولنا وظاهر مذهب أحمد.

فإن قيل: الشافعي يحمل المطلق على المقيد في حادثة أو حادثتين فكيف لم يحمل ههنا مع ورُود القراءتين مطلقًا ومقيدًا؟.

قلنا: إنه يقول تعارض ههنا أصلان متعارضان:

أحدهما: مقيدٌ بالتفرق [٥٤٦/أ] وهو صوم المتعة في الحج.

والثاني: مقيد بالتتابع وهو صوم كفارة الظهار والقتل فلم يكن إلحاقُهُ بأحدهما؛ إذْ إلحاقُهُ بأحدهما يُوجبُ ترك العمل بالنص الآخر كالخبر المشهور؛ لأنه يقرأ سماعًا من رسول الله ﷺ ولم تثبت قرآنيته لعدم التواتر فصار كالرواية المشهورة صحت عن رسول الله التقييد بها.

وعندنا؛ لا يحمل المطلق على المقيد كما في صدقة الفطر؛ لإمكان العمل بهما وههنا غير ممكن؛ لأنهما في حكم واحد في حادثة واحدة وهو الصوم، وأنه لا يقبل وصفين متضادين في وجوده فإذا ثبتَ تقيده بالتتابع في تلك القراءة لم يبقَ مطلقًا ضرورة، بخلاف صدقة الفطر فإنهما وردا في السبب ولا منافاة بين السببين، وأما صوم السبعة؛ لم يجز قبل أيام النحر؛ لأنه لم يشرع قبلها لا لأن التفريق واجبٌ، إليه أشير في المبسوط(١).

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٤/ ١٨١).

ثُمَّ المَذكُورُ فِي الكِتَابِ فِي بَيَانِ أَدنَى الكِسوَةِ مَروِيٌّ عَن مُحَمَّد. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: أَنَّ أَدنَاهُ مَا يَستُرُ عَامَّةَ بَدَنِهِ حَتَّى لَا يَجُوزَ السَّرَاوِيلَ،

قوله: (ثم المذكور في الكتاب)؛ أي: المبسوط[1] وهو قوله: وأدناه ما يجزئ فيه الصلاة وهو السراويل، وبه قال أحمد، وعن محمد في رواية؛ لا تجوز السراويل للمرأة؛ لأن المعتبر رد العري بقدر ما تجوز به الصلاة، وما زاد عليه فضل للتحمل أو لليد قوة، والسراويل تستر عورة الرجل دون المرأة، ذكره في الذخيرة والمحيط، وبه قال أحمد ومالك.

قوله: (ما يستر عامة بدنه)؛ لأن لابسُه لا يسمَّى عريانًا عرفًا (حتى لا يجوز السراويل).

وفي المحيط: وهو ظاهر الرواية، فعندنا لكل مسكين ثوب، وللمرأة ثوبان درع وخمار؛ إذْ ذلك أدنى ما تجوز صلاتها فيه.

وقال الشافعي: يُعتبر ما يُطلق عليه اسم الكسوة حتى يجوز قميص أو سراويل أو عمامة أو جبة أو قباء أو مقنعة أو إزار أو رداء أو طيلسان؛ لأن الاسم يقع على جميع ذلك، وله في القلنسوة والخف وجهان.

وسبب الاختلاف: إطلاق اسم اللبس وامتناع اسم الكسوة، وعن أبي إسحاق في أجزاء القلنسوة ما روي عن عمران بن حصين سئل عن ذلك فقال: إذا قدم وفد على الأمير فأعطاهم قلنسوة قلنسوة، قيل: قد كساهم، والأظهر المنع فيه وفي الخف. كذا في شرح الوجيز.

وعن أبي حنيفة في العمامة: إن كانت سابغة مقدار الإزار السابغ أو يمكن أن يقطع منها قميص جاز وإلا فلا، وعندنا ومالك وأحمد لا تجوز القلنسوة والخف؛ لأن لابسهما لا يسمَّى مكتسيًا؛ ولهذا لا تجوز فيهما الصلاة.

وقيل: الإزار إنما يجوز إذا كان يتوشح به، وإن كان يستر عورته فقط لا

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ٢).

وَهُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّ لَابِسَهُ يُسَمَّى عُريَانًا فِي العُرفِ، لَكِنَّ مَا لَا يُجزِيهِ عَن الكِسوَةِ يُجزِيه عَن الطَّعَامِ بِاعتِبَارِ القِيمَةِ.

يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف كالسراويل، وعن ابن عمر لا يجوز أقل من ثلاثة أثواب قميص ومئزر ورداء، وعن أبي موسى الأشعري أنه يجزئ ثوبان، ثم اعتبارُ الفقر والغِنى عند إرادة التكفير عندنا. وعند الشافعي عند الحنث حتى لو كان موسرًا عند الحنث ثم أعسر جاز الصوم عندنا وبعكسه لا، وعنده على القلب وقاسه على الحد؛ إذِ المعتبر وقت الوجوب للتنصيف بالرق.

وقلنا: الصوم خلف عن التكفير بالمال كالتيمم خلف عن الوضوء، ثم المعتبر فيه وقت الأداء كذا هنا، أما حد العبد ليس ببدل عن حد الأحرار؛ فلا يصح قياسه عليه.

قوله: (**لَكِنَّ مَا لَا يُجْزِيهِ**...) إلى آخره؛ يعني: لو أعطاه ثوبًا لا يجزئه عن الكسوة مثل سراويل أو خف أو نصف ثوب مما يجزئه يجزئه عن الطعام، وإذا بلغت قيمته نصف صاع من بر، وكذا لو أعطى عشرة مساكين ثوبًا واحدًا يُصيب كل مسكين قيمة ثوب؛ لم يجزه من الكسوة؛ لأنه لا يكتسي كل واحدٍ منهم ولكن يجزئه عن الطعام كذا في المبسوط[1] وبقولنا قال مالك وأحمد.

بخلاف صدقة الفطر حيث لو أعطى نصف صاع من تمر تبلغ قيمته نصفُ صاعٍ من بر لا يجوز عندنا؛ لأن الكسوة والطعام شيئان مختلفان صورة، وهذا ظاهر ومعنًى؛ لأن المطلوب من الكسوة في الكفارة رد العُري، والمقصود من الطعام رد الجوع فجاز أن يكون أحدهما بدلًا عن الآخر باعتبار القيمة كالدرهم مع الطعام.

أما التمر مع البُر وإن كانا مختلفين صورة ففي المعنى والمقصود وهو رد الجوع كشيءٍ واحد؛ فباعتبار المقصود لا يجوز أن يكون أحدهما بدلًا عن الآخر.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٨/ ١٥٤).

(وَإِن قَدَّمَ الكَفَّارَةَ عَلَى الحِنثِ لَم يُجزِه) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُجزِيهِ بِالمَالِ، لِأَنَّهُ أَدَّاهَا بَعدَ السَّبَبِ وَهُوَ اليَمِينُ، فَأَشبَهَ التَّكفِيرَ بَعدَ الجَرحِ. وَلَنَا: أَنَّ الكَفَّارَةَ لِسَترِ

ثم في ظاهر الرواية يجزئه عن الطعام بغير نية، وعن أبي يوسف إذا نوى يكون بدلًا عن الطعام ويجزئه عنه وإلا لا.

وقال زفر: لا يجزئه عن الطعام [٥٤٦/ب] نوى أو لم ينو ذكره في الذخيرة.

وعند الشافعي؛ لا يجوز اعتبارُ القيمة في الكفارة كما في الزكاة، والمسألة مذكورة في الأصول مع دلائلها.

قوله: (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُجْزِيهِ بِالمَالِ)؛ لأن ظاهر مذهبه أن الصوم لا يجوز؛ لأن العبادات البدنية لا تقدم على وقت الأداء، وفي وجه يجوز وهو قوله القديم كسائر الخصال، وبه قال مالك وأحمد؛ لإطلاق الحديث كذا في شرح الوجيز، ولكن يستحب أداؤها بعد الحنث، احتجَّ الشافعي بظاهر قوله عليه السلام لعبد الرحمن بن سمرة: «**إذا حلفتَ على يمينٍ فرأيتَ غيرَها خيرًا منها كفِّر عن يمينكَ وأْتِ الذي هو خيرٌ**» متفق عليه(١)، وفي لفظ أبي داود: «**ثم آتِ الذي هو خير**» (٢) ذكره في شرح الوجيز والمغني(٣).

ولأنه كفَّر بعد سببه فجاز ككفارة القتل فإنها تجوز قبل الجرح قبل زهوق الروح، وككفارة الظهار؛ فإنها تجوز بعد الظهار قبل العود به كالزكاة فإنها تجوز قبل الحول، أما الصوم عبادة بدنية فلا يقدم على وقته كالصلاة والصوم، ولأنه تعالى قال: ﴿وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ﴾ [المائدة: ٨٩]، والفاء للوصل والتعقيب؛ فيقتضي جواز التكفير بعد انعقادِ اليمين، ولأنه تعالى قال: ﴿ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ [المائدة: ٨٩].

ولنا ما رُوي في حديث عبد الرحمن بن سمرة فإنه عليه السلام قال: «لا

---

(١) أخرجه البخاري (٨/ ١٢٧ رقم ٦٦٢٢) ومسلم (٣/ ١٢٧٣ رقم ١٦٥٢) من حديث عبد الرحمن بن سمرة رضي الله عنه.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٢٩ رقم ٣٢٧٨).

(٣) المغني لابن قدامة (٩/ ٥٢٠).

الجِنَايَةِ وَلَا جِنَايَةَ هَاهُنَا، وَلَيسَت بِسَبَب لِأَنَّهُ مَانِعٌ غَيرُ مُفضٍ، بِخِلَافِ الجَرحِ لِأَنَّهُ مُفضٍ.

(ثُمَّ لَا يُستَرَدُّ مِن المِسكِينِ) لِوُقُوعِهِ صَدَقَة.

تسأل الإمارةَ؛ فإنَّك إن أُعطِيتَها عن مسألةٍ وُكِلْتَ إليها، وإن أُعطِيتَها عن غيرِ مسألةٍ أُعِنْتَ عليها، وإذا حلفت على يمينٍ ورأيتَ غيرَها خيرًا منها؛ فأْتِ الذي هو خيرٌ وكفِّر عن يمينك»[١].

ولا يقال الواوُ للجمع وثم للترتيب فيدل على الجمع لا على التأخير والتقديم بخلاف ثم؛ لأنه للترتيب؛ لأنه جاء في رواية أخرى: «**ثم ليُكَفِّر**» فيحمل ما رواه الشافعي على أنه بمعنى الواو، ولأن ثم تجيء بمعنى الواو، قال تعالى: ﴿ثُمَّ كَانَ مِنَ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟﴾ [البلد: ١٧] ﴿ثُمَّ ٱللَّهُ شَهِيدٌ﴾ [يونس: ٤٦] وهذا؛ لأن موجب الأمر وجوب التكفير وقبل الحنث لا يجب التكفير بالإجماع، وهذا البحث بتمامه مذكورٌ في الأصول.

ولأن الكفارة لستر الجناية ولا جناية قبل الحنث؛ لأن عقدَ اليمين بدُون الحنث ليس بذنب إجماعًا بل هو أمرٌ مشروع؛ لأن فيه تعظيم اسم الله تعالى والمشروع لا يوصَف بالذنب فلا يصح التكفير قبل الحنث؛ كالكفارة قبل الجرح والطهارة قبل الحدث؛ فإنه لو توضأ وأحدث بعده لا يجزئه ذلك الوضوء، ذكره في المبسوط[٢].

واليمين (**ليست بسبب**) لوجوب الكفارة؛ لأن أدنى درجات السبب أن يكون مفضيًا إلى الحكم وطريقًا له، واليمين مانعة للحنث مُحَرِّمةٌ له؛ فأنى تكون موجبة لما يجبُ بعد الحنث بخلاف الجرح؛ لأنه جناية مفضٍ إلى زهوق الروح والتكفير جزاء جنايته وهي في الجرح؛ إذْ لا صُنع له في زهوق الروح، وكذا في الظهار؛ لأن نفس الظهار جناية وكذا الزكاة؛ لأنها شكر لنعمة المال وهو موجود، ومضي الحول تأجيل فيه لا يبقي الوجوب فكيف ينفي تقرر السبب؟ وإنما تضاف الكفارة إلى اليمين؛ لأنها تجب بحنث بعد اليمين كما تضاف

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٨/ ١٤٧- ١٤٨).

قَالَ: (وَمَن حَلَفَ عَلَى مَعصِيَة، مِثلِ أَن لَا يُصَلِّيَ، أَو لَا يُكَلِّمَ أَبَاهُ، أَو لَيَقتُلَنَّ فُلَانًا، يَنبَغِي أَن يُحنِثَ نَفسَهُ وَيُكَفِّرَ عَن يَمِينِهِ) لِقَولِهِ ﷺ: «مَن حَلَفَ عَلَى يَمِين

الكفارة إلى الصوم والإحرام بهذا الطريق، لا أن يكونا سببين لوجوب الكفارة؛ لكونهما مانعين عما يجب الكفارة وهو ارتكاب المحظور، والحِنث مضمر في النص، ويدل عليه قراءة ابن مسعود: (إذا حلفتم وحنثتم).

وبدليل ما قلنا من الحديث والمعني كالفطر في قوله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤]؛ أي: فأفطر ﴿فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾؛ لعدم وجوب القضاء عند عدم الإفطار بالإجماع.

فإن قيل: يجوز أن يسمَّى كفارة قبل وجوبها كما يسمى ما يعجله من الزكاة قبل الحول زكاة؛ لوجود السبب وكما يسمى ما يعجله بعد الجراحة كفارة قبل القتل، وإن لم تكن واجبة في هذه الحالة، فكذلك يجوز أن يكون ما يعجله كفارة قبل الحنث؛ فلا يحتاج إلى إثبات إضمار الحنث في جوازها.

قلنا: قد بينا أن الكفارة الواجبة بعد الحنث امتنع أن ينتظم ما ليس بواجب؛ لاستحالة كون لفظ واحد مقتضيًا للإيجاب وعدم الإيجاب.

قوله: (**فينبغي أَنْ يُحْنِثَ نَفْسَهُ وَيُكَفِّرَ عَنْ يَمِينِهِ**) عندنا، ولا يجوز التكفير قبل الحنث كما بينّا، وعند الشافعي ومالك وأحمد: يجوز كما بينا، وعن أحمد: إذا حلف على معصيةٍ [٥٤٧/أ] لا ينعقد يمينه ولا تجب عليه الكفارة، وأراد باليمين في قوله: «**من حلفَ على يمينٍ**»(١) المقسم عليه؛ لأن اليمين جملتان؛ أحدهما مقسمٌ به والآخر مقسم عليه، فذكر الكل وأراد البعض وأنه شائع.

وقيل: هذا إطلاق اسم الحال على المحل؛ لأن المحلوف عليه محل اليمين.

وجه التمسك بالحديث: أن ظاهره يقتضي وجوب الحنث إذا لم يكن

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.

وَرَأَى غَيرَهَا خَيرًا مِنهَا فَلْيَأْتِ بِالَّذِي هُوَ خَيرٌ ثُمَّ لِيُكَفِّر عَن يَمِينِهِ» وَلِأَنَّ فِيمَا قُلنَاهُ تَفوِيتَ البِرِّ إِلَى جَابِرٍ وَهُوَ الكَفَّارَةُ وَلَا جَابِرَ لِلمَعصِيَةِ فِي ضِدِّهِ.

المحلوف معصية؛ بل يخير المرء فيه بين البر والحنث، ولكن الحنث خير من البر فأولى أن يجب عليه الحنث إذا كان معصية.

اعلم أن المحلوف عليه أنواعٌ:

منها: أن يحلف على أمر هو فرض كما لو قال: والله لأصلين المفروضات أو لأصومَنّ شهر رمضان أو لأتركَنّ الزنا أو شربَ الخمر وما شابههما؛ فهذا يجب فيه البر ولا يجوز فيه الحنث؛ لأن المحلوف عليه فرض فتأكد باليمين.

ومنها: أن يحلف على معصية كما لو حلف على ترك الصلاة أو الصوم أو القتل وما شابه ذلك؛ فلا يجوز أن يبر فيه؛ بل يحنث كما ذكر من الحديث.

ومنها: إذا حلف على شيء، وغيرها خيرٌ منها، كما لو حلف على هجران المسلم مثلًا؛ فهاهنا يترجح الحنث ويكفِّر كما ذكر في الحديث.

ومنها: إذا حلف على أمر غيرُه يساويه كالمعقود على المباحات فههنا يترجح حفظ اليمين؛ لقوله تعالى: ﴿وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩]؛ أي عن الحنث، ولأن البر معصية والامتناع عن المعصية واجبٌ وذلك بالحنث لا يقال الحنث معصية أيضًا لظاهر قوله تعالى: ﴿وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ﴾، وفيه هتك حرمة الله تعالى؛ لأنا نقول: الحنث معصية رخصت فيه لما روينا، وما حلف عليه المعاصي غير مرخص فكان حكم المرخص أخف، ولأن فوات -أيٍّ جائزٍ- وهو الكفارة كَلَا فواتَ حكمًا فيصير باعتباره كأنه على البر، وفي ضد ما قلنا.

(لا جابر للمعصية) وهذا معنى قول المصنف: **(ولا جابر للمعصية في ضده)** والآية محمولة على ما يجب إتمام البر فيه، أو على ما يستوي فيه الحنث يؤيده قوله تعالى: ﴿وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٤].

وقيل: راعوها بالبر؛ لأن حفظ الشيء مراعاته، وهو الصحيح كذا في أحكام القرآن.

(وَإِذَا حَلَفَ الكَافِرُ ثُمَّ حَنِثَ فِي حَالِ كُفرِهِ أَو بَعدَ إِسلَامِهِ فَلَا حِنثَ عَلَيهِ) لِأَنَّهُ لَيسَ بِأَهلٍ لِليَمِينِ، لِأَنَّهَا تُعقَدُ لِتَعظِيمِ اللَّهِ تَعَالَى، وَمَعَ الكُفرِ لَا يَكُونُ مُعَظِّمًا ......

واليمين في القتل ينبغي أن تكون مؤقتة توقيت معين، أما لو حلف ليقتلن فلانًا فإنه يحنث في آخر جزء من حياته.

قوله: **(فلا حنث عليه)**؛ أي: لم تكن عليه كفارة عندنا ومالك، وقال الشافعي وأحمد: يلزمه الكفارة بالمال دون الصوم؛ لأنه أهل اليمين؛ لأن اليمين يعقد للبر، وهو أهل البر؛ إذِ البر إنما يتحقق ممن يعتقد تعظيم حرمة اسم الله تعالى وهو يعتقد ذلك فكان اعتقاده يحمله على البر.

ولهذا يستحلف في الدعاوى والخصومات ولو لم يكن أهلًا لما استحلف، وما هو المقصود من التكفير، وهو دفع الهتك ممكن في حقه بإيجاب ما يصح منه إيقاعه وهو الإعتاق؛ لأنه ليس بعبادة وضعًا؛ بل هو إسقاط مالية، وما تضمنه من معنى العبادة يقبل الفضل منه بخلاف الصوم يؤيده ما قال عمر لرسول الله، فقال يا رسول الله: إني نذرت في الجاهلية أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام، فقال عليه السلام: «**أَوْفِ بنذرِك**»(١).

ولنا قوله تعالى: ﴿فَقَٰتِلُوٓاْ أَئِمَّةَ ٱلۡكُفۡرِ إِنَّهُمۡ لَآ أَيۡمَٰنَ لَهُمۡ﴾ [التوبة: ١٢] فإنه ليس بأهل لليمين؛ لأن المقصود من اليمين البر تعظيمًا لاسم الله تعالى والكافر ليس من أهله؛ لأنه هاتك حرمة اسم الله بإصراره على الكفر والتعظيم مع الهتك لا يجتمعان، والبر لا يتحقق إلا من المعظم وهو هاتك لما عُظِّم، ومتى لم ينعقد يمينه للبر لا يتصَور إيفاء البر في حقه بالحلف بخلاف الاستحلاف في الدعاوى والخصومات؛ لأنه أهل لمقصوده وهو النكول أو الإقرار.

وليس بأهل للكفارة أيضًا؛ لأنها عبادة؛ لأنها كاسمها ستّارة للذنب، وذلك بواسطة ثواب الطاعة والعبادة المؤدَّاة ليكون الإتيان لها ماحيًا للسيئات، قال تعالى: ﴿إِنَّ ٱلۡحَسَنَٰتِ يُذۡهِبۡنَ ٱلسَّيِّـَٔاتِۚ﴾ [هود:١١٤] ومعنى العقوبة تابعٌ فيها، فكان معنى التكفير بالإعتاق باعتبار معنى العبادة كالتكفير بالصوم،

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ٥١ رقم ٢٠٤٣) ومسلم (٣/ ١٢٧٧ رقم ١٦٥٦) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

وَلَا هُوَ أَهلُ الكَفَّارَةِ لِأَنَّهَا عِبَادَةٌ.

(وَمَن حَرَّمَ عَلَى نَفسِهِ شَيئًا مِمَّا يَملِكُهُ لَم يَصِر مُحَرَّمًا، وَعَلَيهِ إِن استَبَاحَهُ كَفَّارَةُ يَمِين) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحمَةُ اللَّهِ تَعَالَى عَلَيهِ: لَا كَفَّارَةَ عَلَيهِ لِأَنَّ تَحرِيمَ الحَلَالِ قَلبُ المَشرُوعِ فَلَا يَنعَقِدُ بِهِ تَصَرُّفٌ مَشرُوعٌ وَهُوَ اليَمِينُ. وَلَنَا: أَنَّ اللَّفظَ يُنبِئُ عَن إِثبَاتِ

والكافر ليس بأهل للعبادة والثواب، وهو معنى قول المصنف: (**ولا هو أهل الكفارة؛ لأنها عبادة**).

وأما حديث عمر فقال الطحاوي: النذر إنما يجب إذا كان مما يتقرب إلى الله تعالى، والكافر إذا قال: لله عليَّ صومٌ أو اعتكاف، وهو لو فعل ذلك لم يكن متقرِّبًا إلى الله تعالى، وهو في وقت [٥٤٧/ب] ما أوجبه إنما قصد به إلى ربه الذي كان يعبده من دون الله، وذلك معصية فدخل في قوله عليه السلام: «**لا نذر في معصية الله**»[(١)]، وكان قوله عليه السلام لعمر: «**أَوْفِ نذرَك**»[(٢)] ما كان ذلك واجبٌ عليه، ولكنه قد كان سمح في حال ما نذره أن يفعله وهو معصية فأمره عليه السلام أن يفعله الآن على أنه طاعة، فكان ما أمره خلاف ما أوجبه على نفسه.

قوله: (**شيئًا مما يملكه**) سواء كان ثوبًا أو طعامًا أو أمةً أو غيرها؛ (**لم يصر محرمًا**)؛ أي: بعينه أم صار محرمًا للنص؛ ولهذا قال عقيبه: (**وعليه إن استباحه**)؛ أي: تعامل به معاملة المباح بأن أكل الطعام أو لبس الثوب أو وطيء الجارية كفارة يمين، ومثل هذا يتحقق في جميع اليمين المنعقدة؛ فإن الشيء المباح لا يصيرُ حرامًا بعينه باليمين.

قوله: (**وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه: لا كفَّارة عليه**)؛ لأنه ليس بيمين إلا في النساء والجواري، وبه قال مالك؛ (**لأن تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقدُ**) بلفظ هو قلب المشروع كقلبه، وهو تحليل الحرام، ولأن ذا ليس إلى العبد؛ إذِ المحرِّم والمحلِّل هو الله تعالى فيلغو؛ ولهذا لو اعتقد

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٦٢ رقم ١٦٤١) من حديث عمران بن حصين رضي الله عنه.

(٢) تقدم تخريجه قريبا.

الْحُرْمَةِ، وَقَد أَمكَنَ إعمَالُهُ بِثُبُوتِ الْحُرمَةِ لِغَيرِهِ بِإِثبَاتِ مُوجِبِ الْيَمِينِ فَيُصَارُ إِلَيهِ، ثُمَّ إِذَا فَعَلَ مِمَّا حَرَّمَهُ قَلِيلًا أَو كَثِيرًا حَنِثَ وَوَجَبَت الكَفَّارَةُ، وَهُوَ الْمَعنَى مِن الِاستِبَاحَةِ الْمَذكُورَةِ، لِأَنَّ التَّحرِيمَ إِذَا ثَبَتَ تَنَاوَلَ كُلَّ جُزء مِنهُ.

الحلال الذي ثبت بالدليل القطعي حرامًا يكفُر.

ولنا قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ﴾ إلى قوله: ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ [التحريم: ١-٢] أي قدر، وبقولنا قال أحمد.

قيل: سبب نزوله أنه عليه السلام حرَّم العسل على نفسه(١)، وفي بعض الروايات قال: والله لا أذوقه، وقيل: حرَّم مارية القبطية على نفسه(٢).

فوجه التمسك على الأول ظاهرٌ، وكذا على التأويل الثاني وهو الصحيح بدليل قوله: ﴿تَبْتَغِى مَرْضَاتَ أَزْوَٰجِكَ﴾ [التحريم: ١] وليس في ترك شرب العسل مرضات أزواجه؛ لأن العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب، ولأن التحريم المضاف إلى الجواري لـمّا ثبت يمينًا فكذا التحريم المضاف إلى سائر المباحات؛ لأن حرمة الحلال سبب اليمين والتنصيص عليه يجعل كالتنصيص على السبب مجازًا وهذا؛ لأن لفظه يقتضي ثبوت الحرمة ولم يمكن إثبات الحرمة لعينه؛ لأنه ليس إلى العبد تحريم عينه فتثبت (**الحرمة لغيره**) كما هو موجب اليمين، فإنه إذا حلف لا يدخل هذه الدار حَرُم الدخول من حيث إنه حنث، وإن كان الدخول مباحًا في نفسه، فإذا قال: حلال الله عليَّ حرام؛ لم يمكن إثبات الحرمة لعينه؛ فصار كناية على قدر ما جعل إليه من التحريم باليمين كي لا يلغو كلامه، وهذا معنى قول المصنف: (**وقد أمكن إعماله...**) إلى آخره.

وتلزمه الكفارة (**إذا فعل مما حرمه قليلًا أو كثيرًا**)؛ لأن التحريم إذا ثبت تناول كل جزء منه.

فإن قيل: إنه عليه السلام حرَّم وحلف أيضًا كما روي في بعض الروايات فكيف يستقيم الاستدلال؟

---

(١) أخرجه البخاري (٧/ ٤٤ رقم ٥٢٦٧) ومسلم (٢/ ١١٠٠ رقم ١٤٧٤) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٢) أخرجه الطبري في التفسير (٢٣/ ٨٨) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(وَلو قَالَ: «كُلُّ حِلٍّ عَلَيَّ حَرَامٌ» فَهُوَ عَلَى الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ، إِلَّا أَن يَنوِيَ غَيرَ ذَلِكَ) وَالقِيَاسُ أَن يَحنَثَ كَمَا فَرَغَ، لِأَنَّهُ بَاشَرَ فِعلا مُبَاحًا وَهُوَ التَّنَفُّسُ وَنَحوُهُ، هَذَا قَولُ زُفَرَ - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى -. وَجهُ الِاستِحسَانِ: أَنَّ المَقصُودَ وَهُوَ البِرُّ لَا يَتَحَصَّلُ مَعَ اعتِبَارِ العُمُومِ، وَإِذَا سَقَطَ اعتِبَارُهُ يَنصَرِفُ إِلَى الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ لِلعُرفِ، فَإِنَّهُ يُستَعمَلُ فِيمَا يَتَنَاوَلُ عَادَة، وَلَا يَتَنَاوَلُ المَرأَةَ إِلَّا بِالنِّيَّةِ لِإِسقَاطِ اعتِبَارِ العُمُومِ. وَإِذَا نَوَاهَا كَانَ إِيلَاءً وَلَا تُصرَفُ اليَمِينُ عَنِ المَأكُولِ وَالمَشرُوبِ، وَهَذَا كُلُّهُ جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ. وَمَشَايِخُنَا قَالُوا: يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ عَن غَيرِ نِيَّة لِغَلَبَةِ الِاستِعمَالِ وَعَلَيهِ الفَتوَى، وَكَذَا يَنبَغِي فِي قَولِهِ حَلَالٌ يُروَى حَرَامٌ لِلعُرفِ. وَاختَلَفُوا فِي قَولِهِ: «هرجه بدست رَاسَت كيرم بِروَي حرام» أَنَّهُ هَل تُشتَرَطُ النِّيَّةُ؟ وَالأَظهَرُ أَنَّهُ يُجعَلُ طَلَاقًا مِن غَيرِ نِيَّة لِلعُرفِ.

قلنا: ظاهر الآية لا تدل عليه، وإنما فيها التحريم فقط؛ فلا يجوز أن يلحق بمطلق الآية ما ليس فيها برواية ضعيفة وخبرٌ واحدٌ.

قوله: (وهو التنفس ونحوه) كفتح العينين وفتح الشفتين أو ضمهما وهو قول زفر، وأصله ما إذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته. **(ولا تصرف اليمين)**؛ أي: يخرج عن اليمين الطعام والشراب؛ إذِ التصديق بالنية يُعتبر فيما فيه تغليظ وهو أن يصير موليًا لا فيما فيه تخفيف، وهو خروج الطعام والشراب.

قوله: (وعليه الفتوى)، وفي التتمة: وكذا لو قال: حلال الله عليَّ حرام، أو حلال خداي أو حلال ايرد يروي حرام، وله امرأة ينصرف إليها من غير نية **(للعُرف)**، فإن مراد العامة من هذا اللفظ الطلاق.

وذكر البزودي في مبسوطه: هكذا قال بعض مشايخ سمرقند ولم يتضح لي عُرف الناس في هذا؛ لأن من لا امرأة له يحلف به كما يحلف ذو الحليلة، ولو كان العُرف مستفيضًا في ذلك لما استعمله إلا ذو الحليلة؛ لأنه شيء نص على لفظ التناول باليد؛ فالظاهر أن المراد هو المأكول والمشروب، فالصحيح أن يقيد الجواب في هذا ويقول: إن نوى الطلاق يكون طلاقًا، فأما من غير دلالة

(وَمَن نَذَرَ نَذرًا مُطلَقًا فَعَلَيهِ الوَفَاءُ) لِقَولِهِ ﷺ: «مَن نَذَرَ وَسَمَّى فَعَلَيهِ الوَفَاءُ بِمَا سَمَّى».

(وَإِن عَلَّقَ النَّذرَ بِشَرط فَوُجِدَ الشَّرطُ، فَعَلَيهِ الوَفَاءُ بِنَفسِ النَّذرِ) لِإِطلَاقِ الحَدِيثِ، وَلِأَنَّ المُعَلَّقَ بِالشَّرطِ كَالمُنَجَّزِ عِندَهُ، وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: أَنَّهُ رَجَعَ عَنهُ وَقَالَ: إِذَا قَالَ إِن فَعَلت كَذَا فَعَلَيَّ حَجَّةٌ أَو صَومُ سَنَة أَو صَدَقَةُ مَا أَملِكُهُ أَجزَأَهُ مِن ذَلِكَ كَفَّارَةُ يَمِين. وَهُوَ قَولُ مُحَمَّد رَحِمَهُ اللهُ، وَيَخرُجُ عَن العُهدَةِ بِالوَفَاءِ بِمَا سَمَّى أَيضًا. وَهَذَا إِذَا كَانَ شَرطًا لَا يُرِيدُ كَونَهُ، لِأَنَّ فِيهِ مَعنَى اليَمِينِ، وَهُوَ المَنعُ وَهُوَ بِظَاهِرِهِ

فالاحتياط أن يقف الإنسان فيه ولا يخالف المتقدمين.

ولو قال: هرجه بدست جب كيرم؛ لا يكون طلاقًا إلا بالنية؛ لأنه لا عُرف فيه، ولو قال: هرجه بدست كيرم، قيل: لا يكون طلاقًا إلا بالنية، وقيل: [٥٤٨/أ] لا يشترط النية.

وفي التتمة: لو قال: حلال الله عليَّ حرام، أو قال حلال خداي برمن حرام، أو قال: حلال ترد وله امرأة ينصرف إليها من غير نية وعليه الفتوى، وإن لم تكن له امرأة تجب عليه كفارة، ولو كان له امرأتان يقع الطلاق على واحدة، وإليه البيان في الأظهر كقوله: امرأتي طالق، وله امرأتان أو أكثر.

قوله: (وَمَنْ نَذَرَ نَذْرًا مُطْلَقًا)؛ أي: عن ذكر الشرط بأن قال: عليَّ صوم شهر أو سنة ولم يعلّقه؛ **(فعليه الوفاء به) (كالمنجّز عنده)**؛ أي: عند الشرط ولم ينجّز النذر لم يخرج عنه بالكفارة؛ بل يلزمه الوفاء للحديث فكذا هذا.

وبه قال مالك في المشهور عنه، وقال: إن كان النذر في مباح يتخير وفي الطاعة يلزمه الوفاء مكلفًا أولًا.

(وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ أنّه رجع عنه)؛ أي: عن نفس الوفاء بالنذر إلى التخيير بين الكفارة والوفاء، وحاصله إن علقه بشرط **(يريد كونه)** كقوله: إن شفا الله مريضي أو ردَّ غائبي؛ فعليَّ صوم شهر يلزم الوفاء بالنذر، وإن علّقه بشرط **(لا يريد)** كدخول الدار والتكلم مع فلان يتخير، وهكذا روي عن محمد وهو قول الشافعي في الجديد وأحمد، ورواية عن مالك.

نَذرٌ، فَيَتَخَيَّرُ وَيَمِيلُ إِلَى أَيِّ الجِهَتَينِ شَاءَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ شَرطا يُرِيدُ كَونَهُ كَقَولِهِ: إن شَفَى اللَّهُ مَرِيضِي لِانعِدَامِ مَعنَى اليَمِينِ فِيهِ، وَهَذَا التَّفصِيلُ هُوَ الصَّحِيحُ.

قَالَ: (وَمَن حَلَفَ عَلَى يَمِين ....

وفي القديم: يتعين الكفارة، ويسمّون هذا نذر اللجاج، وعن عبد العزيز ابن خالد الترمذي قال: خرجت حاجًّا فلما دخلت الكوفة قرأت كتاب النذور والكفَّارات على أبي حنيفة فلما انتهيت إلى هذه المسألة قال: قف فإن من رأيي أن أرجع، فلما رجعت من الحج إذا قد توفي فأخبرني الوليد بن أبان أنه رجع قبل موته بسبعة أيام، وبه يفتي إسماعيل الزاهد وشمس الأئمة السرخسي؛ لكثرة البلوى به في هذا الزمان؛ وهذا لأن كلامه نذرٌ بظاهره يمينٌ بمعناه؛ لأنه قصد به المنع عن إيجاد الشرط؛ إذِ المرء يمتنع عن التزام هذه الطاعات بالنذر مخافة أن لا يفي به **(فيميل إلى أي الجهتين)** بخلاف ما إذا علّق بشرط يريد كونه؛ لأن معنى اليمين غير موجود وهو قصد المنع؛ لأن قصده إظهار الرغبة فيها جعله شرطًا؛ ولهذا قال المصنف: **(وهذا التفصيل هو الصحيح)**، وفي ظاهر الرواية لا يخرج عن العهدة إلا بما سمى؛ لإطلاق الحديث، ولأن المعلّق كالمنجّز كما ذكرنا.

وقيل: لو كان مخيَّرًا بين الكفارة والوفاء بالنذر يلزم التخيير بين القليل والكثير فيما إذا قال: إن كلمتُ فلانًا فعليَّ صوم سنة فلما خُيِّرَ بين صوم سنة وبين صوم ثلاثة أيام للكفارة يلزم التخيير بين القليل والكثير.

قلنا: هذا التخيير جائز؛ لما أن النذر واليمين جنسان مختلفان فكان كتخيير العبد بين أداء الجُمعة والظهر إذا أذنه مولاه بالجمعة فيجوز. ذكره في المبسوط[١].

قوله: (ومن حلف على يمين)؛ أي: شيء محلوف عليه إلى آخره.

في المبسوط[٢]: حلف على يمين، أو نذر وقال: إن شاء الله متصلًا؛ لا حنث عليه، وبه قال أكثر أهل العلم، وقال مالك: يلزمه حكم اليمين والنذر؛

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٨/ ١٣٦). (٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٨/ ١٤٣).

وَقَالَ: إن شَاءَ اللَّهُ، مُتَّصِلًا بِيَمِينِهِ فَلَا حِنثَ عَلَيهِ) لِقَولِهِ ﷺ: «مَن حَلَفَ عَلَى يَمِين وَقَالَ: إن شَاءَ اللَّهُ فَقَد بَرَّ فِي يَمِينِهِ» إِلَّا أَنَّهُ لَا بُدَّ مِن الِاتِّصَالِ، لِأَنَّهُ بَعدَ الفَرَاغِ رُجُوعٌ وَلَا رُجُوعَ فِي اليَمِينِ، وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

لأن الأشياء كلها بمشيئة الله تعالى فلا يتغير بذكره حكم، وللجمهور قوله عليه السلام: «**من حلف على يمين وقال: إن شاء الله فلا حنث عليه**» رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة وقال الترمذي: حديث حسن.

وفي المبسوط عن العبادلة الثلاثة موقوفًا ومرفوعًا: «**من حلفَ على يمينٍ وقالَ: إن شاءَ اللهُ فقد استثنى، ومن استثنى؛ فلا حنثَ عليهِ ولا كفَّارةَ**»[1] إلا أن ابن عباس يجوِّز الاستثناء المنفصل إلى ستة أشهر، وقد مرَّ في الطلاق وبُيِّن في الأصول.

وروي أن محمد بن إسحاق صاحب المغازي كان عند المنصور، وكان يقرأ عنده المغازي وأبو حنيفة رحمه الله كان حاضرًا؛ فأراد أن يغري الخليفة فقال: إن هذا الشيخ خالف جدك في الاستثناء المنفصل فقال له: أبَلَغَ من قَدرِك أن تخالف جدي؟ فقال له أبو حنيفة: إن هذا يريد أن يفسد عليك ملكك؛ لأنه أجاز الاستثناء المنفصل؛ فبارك الله لك في عهودك إذا أتاني الناس يبايعونك ويحلفون ثم يخرجون، ثم يخرجون ويستثنون، ثم يخالفون ولا يخشون فقال: نِعم ما قلتَ؛ فغضب على محمد بن إسحاق وأخرجه من عنده.

وفي الصحيح استثناء المنفصل إخراج العهود كلها عن كونها مُلزمة، ويبطل حكم التحليل الثابت بالنص بالزواج الثاني عند الطلقات الثلاث؛ لأن المطلق يستثني إذا ندم فلا يحتاج إلى التحليل، قال موسى عليه السلام: ﴿قَالَ سَتَجِدُنِيٓ إِن شَآءَ ٱللَّهُ صَابِرًا﴾ [الكهف:٦٩] ولم يُعاتَب على ذلك، والوعدُ من الأنبياء عليهم السلام كالعهد [٥٤٨/ ب] من غيرهم.

---

(١) تقدم تخريجه في الحاشية السابقة.

بَابُ اليَمِينِ فِي الدُّخُولِ وَالسُّكنَى

(وَمَن حَلَفَ لَا يَدخُلُ بَيتًا، فَدَخَلَ الكَعبَةَ أَو المَسجِدَ أَو البِيعَةَ أَو الكَنِيسَةَ، لَم يَحنَث) لِأَنَّ البَيتَ مَا أُعِدَّ لِلبَيتُوتَةِ، ....

باب اليمين في الدخول والسكنى

لما ذكر أن انعقاد اليمين على فعل أو تركه؛ لزمه بيان الأفعال الواردة عليه اليمين وقدَّم بيان المسكن الذي يدخل فيه؛ إذْ لا بدَّ له من مسكن ثم يتوارد عليه سائر الأفعال من الأكل والشرب وغيرهما، وإليه وقعت الإشارة في قوله: ﴿...ٱعۡبُدُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِي خَلَقَكُمۡ وَٱلَّذِينَ مِن قَبۡلِكُمۡ لَعَلَّكُمۡ تَتَّقُونَ ﴿٢١﴾ ٱلَّذِي جَعَلَ لَكُمُ ٱلۡأَرۡضَ فِرَٰشٗا وَٱلسَّمَآءَ بِنَآءٗ﴾ إلى قوله: ﴿رِزۡقٗا لَّكُمۡۖ﴾ [البقرة: ٢٠-٢١] ثم الدخول، ثم الانفصال من الظاهر إلى الباطن، والخروج على العكس.

والسكنى؛ عبارة عن الكون في مكان على سبيل الاستقرار والدَوام؛ فإن من جلس في مسجد أو بات فيه لا يعد ساكنًا فيه، إليه أشار في الذخيرة.

وذكر في المغرب: الأصل أن الألفاظ المستعملة في الأيمان مبنية على العُرف عندنا.

وقال أحمد: مبنى الأيمان على النية سواء نوى ظاهر اللفظ أو مجازه، خاصًّا أو عامًّا؛ لقوله عليه السلام: «**لكلِّ امرئٍ ما نوَى**»(١).

وقال الشافعي: مبنية على الحقيقة؛ لأن الحقيقة حقيقٌ بأن تراد. وعند مالك: على معاني كلم القرآن؛ لأنه على أصح اللغات وأفصحها.

وقلنا: غرض الحالف ما هو المتعارف فيتقيد بغرضه؛ ألا ترى أن مَن حلف أن لا يستضيء بالسراج ولا يجلس على البساط فاستضاء بالشمس وجلس على الأرض، لا يحنث وإن سمَّى في القرآن؛ الشمسَ سراجًا، والأرض بساطًا.

(**البيعة**): معبد النصارى و(**الكنيسة**) معبد اليهود؛ (**لأن البيت ما أُعِدَّ للبيتوتة**)؛ أي عُرفًا لا حقيقة، ومبنى الأيمان على العُرف.

---

(١) أخرجه البخاري (١/ ٦ رقم ١)، ومسلم (٣/ ١٥١٥ رقم ١٩٠٧) من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

وَهَذِهِ البِقَاعُ مَا بُنِيَت لَهَا (وَكَذَا إِذَا دَخَلَ دِهلِيزًا، أَو ظُلَّةَ بَابِ الدَّارِ) لِمَا ذَكَرنَا، وَالظُّلَّةُ مَا تَكُونُ عَلَى السِّكَّةِ، وَقِيلَ: إِذَا كَانَ الدِّهلِيزُ بِحَيثُ لَو أُغلِقَ البَابُ يَبقَى دَاخِلًا وَهُوَ مُسقَفٌ يَحنَث، ....

وعن أحمد في رواية: يحنث بدخول المسجد وبيت الحمام؛ لأنه تعالى سمَّى المسجد بيتًا، وقال عليه السلام: «**الحمّامُ بيتُ الشَّياطين**»[1]، وقال: ويحتمل أن لا يحنث؛ لأنه لا يسمَّى بيتًا عُرفًا.

وقلنا: مبنى الأيمان على العُرف يدل على غرض الحالف وقد سمَّى الله تعالى بيت العنكبوت بيتًا، ثم هذا لا يدل على أن مطلق اسم البيت في اليمين تناوله، كذا في المبسوط[2].

فإن قيل: يلزم على هذا ما لو حلف لا يهدمُ بيتًا؛ فهدم بيت العنكبوت يحنث، ذكره المرغيناني.

قلنا: يقيد اللفظ بالمتعارف؛ إذ لم يكن العمل بحقيقته، وفي مسألة الدخول لا يمكن العمل بحقيقته فلا يعتبر، وفي مسألة الهدم يمكن العمل بحقيقته فيعتبر.

قوله: وهو أن (البيت اسمٌ لما يبات فيه) والدهليز والظلة ما بنيا للبيتوتة سواء كان داخل البيت أو خارجه.

وفي المغرب[3]: قول الفقهاء ظُلَّة الدار؛ يريدون بها السُّدَّة التي فوق الدار.

وعن صاحب الحصر: هي أحد طرفي جذوعها على هذه الدّار، وطرفها الآخر على حائط الجار المقابل.

وفي الذخيرة، وذكر في الكتاب: ولو دخل ظلة باب لم يحنث، وأراد

---

(١) في معناه ما أخرجه ابن السني في عمل اليوم والليلة (ص: ٢١) من حديث أنس مرفوعا: «ستر ما بين أعين الجن وعورات بني آدم إذا جلس أحدكم على الخلاء أن يقول: بسم الله حين يجلس» وفي سنده زيد العمي ضعيف.

(٢) المبسوط للسَّرَخسِي (٨/ ١٦٩).

(٣) المغرب للمطرزي (ص: ٢٩٩).

لِأَنَّهُ يُبَاتُ فِيهِ عَادَة (وَإِن دَخَلَ صُفَّةً حَنِثَ) لِأَنَّهَا تُبنَى لِلبَيتُوتَةِ فِيهَا فِي بَعضِ الأَوقَاتِ، فَصَارَ كَالشَّتوِيِّ وَالصَّيفِيِّ. وَقِيلَ: هَذَا إِذَا كَانَت الصُّفَّةُ ذَاتَ حَوَائِطَ أَربَعَة، وَهَكَذَا كَانَت صِفَافُهُم. وَقِيلَ: الجَوَابُ مُجرى عَلَى إِطلَاقِهِ وَهُوَ الصَّحِيحُ.

بالظلة الساباط الذي يكون على باب الدار؛ لأنه لا ينطلق عليه اسم البيت؛ لأنه لا يبات فيه، وكذا إذا فوقه بناء إلا أن مفتحه إلى الطريق لا يحنث؛ إذا كان عقد يمينه على بيت شخص بعينه؛ لأنه ليس من جملة بيته قبة قال الشافعي.

قوله: (**لأنه يُبَات فيه عادة**) قال مشايخنا: إذا أغلق الباب يبقى داخل البيت ويكون مسقفًا يجب أن يحنث؛ لأنه يصلح للبيتوتة وكذا الظلة.

وفي المحيط: لو قام على ظلة شارعه أو على كنيف شارع [فإنْ مُفتَحهما][1] إلى الباب حنث، ولو قام في طاق باب الدار أو على أسكفة الباب، والباب بينه وبين الدار لا يحنث، وكل موضعٍ إذا أغلق الباب لا يمكن الخروج يكون من الدار.

قوله: (**وإن دَخَلَ صُفَّةً...**) إلى آخره في الجامع: لو دخل صفة حنث.

وفي المبسوط[2]: قال بعض أصحابنا: هذا بناء على عُرف أهل الكوفة؛ لأن صُفَّاتهم ذات حوائط أربع فيكون بيتًا؛ لأنه يباتُ فيه، وفي عُرفنا ذات حوائط ثلاثة فلا يكون على هيئته؛ فلا يكون بيتًا فلا يحنث، وبه قال الشافعي.

قال شمس الأئمة: والأصح عندي أن مراده حقيقة ما نسمّيه الصفّة يبات فيه مسقف إلا أن مدخلَها أوسعُ من مدخل البُيوت المعروفة، فكان اسمُ البيت متناولًا لها فيحنث إلا أن ينوي بيتًا غير الصفة فيصدق ديانة؛ لأنه خص العام بيته.

قوله: (**وهو الصحيح**) احترازًا عن تقييد الصفة بعرفهم -يعني الصحيح الإطلاق-؛ لوجود البيتوتة في الصفة.

---

(١) كذا في الأصل، ولعل الصواب: (فإن كان مفتحهما).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٨/ ١٦٧).

(وَمَن حَلَفَ لَا يَدخُلُ دَارًا فَدَخَلَ دَارًا خَرِبَة لَم يَحنَث، وَلَو حَلَفَ لَا يَدخُلُ هَذِهِ الدَّارَ، فَدَخَلَهَا بَعدَمَا انهَدَمَت وَصَارَت صَحرَاءَ، حَنِثَ) لِأَنَّ الدَّارَ اسمٌ لِلعَرصَةِ عِندَ العَرَبِ وَالعَجَمِ، يُقَالُ دَارٌ عَامِرَةٌ، وَدَارٌ غَامِرَةٌ، وَقَد شَهِدَت أَشعَارُ العَرَبِ

قوله: (وقد شهدت أشعار العرب)، قال لبيد[١]:

عفتِ الديارُ محلُّها فمُقامُهَا ... بمنًى تأبَّدَ غَوْلُها فرِجَامُهَا

[٥٤٩/أ] عفى يعفو لازم ومتعد وهنا لازم.

تأبد المنزل: أقفر وألفته الوحوش، العول والزحام موضعان.

معناه: عفت ديار الأحباب ما كان منها للحُلول وما كان منها للإقامة وكانت بمنى وقد توحشت الدار الغولية والرجامية[٢].

وقال النابغة[٣]:

يَا دَارَ مَيَّةَ بِالْعَلْيَاءِ فَالسَّنَدِ ... أَقْوَتْ وَطَالَ عَلَيْهَا سَالِفُ الْأَبَدِ
وَقَفْتُ فِيهَا أُصَيْلَانًا أُسَائِلُهَا ... عَيَّتْ جَوَابًا وَمَا بِالرَّبْعِ مِنْ أَحَدِ

يخاطب دار هذه المرأة، والسند: المكان المرتفع من الأرض من ارتفاع الوادي والجبل ثم أخبر عنها فقال: خلت عن أهلها؛ أي: ذهبوا وطال عليهم ما مضى من مرور الزمان، ثم يقول: وقفت عشية أسائلها عن أهلها أين ذهبوا؟ فلم تقدر على الجواب ولم يكن فيها أحد يُجيبني.

الأصيل: الوقت بعد المغرب والجمع أصلان مثل بعير وبُعران ثم صُغر فقالوا: أصيلان ثم أبدلوا من النون لامًا فقالوا: أصيلالا، وقال قائلهم:

الدَّارُ دَارٌ وَإِنْ زَالَتْ حَوَائِطُهَا ... وَالْبَيْتُ لَيْسَ بِبَيْتٍ بَعْدَ تَهْدِيم

وقال الشافعي: لا يحنث بعدما انهدمت كما في البيت، وكما إذا جعلها بستانًا أو حمامًا.

وقال أحمد: حكم الدار والبيت في التعيين سواء فيحنث بدخولهما بعد الانهدام.

---

(١) البيت من الكامل، وهو للبيد في ديوانه (ص: ١٠٧)؛ ولسان العرب (٢/ ٢٥٤) (خرج).
(٢) الغول والرجام: جبلان معروفان. معجم البلدان (٤/ ٢٢٠).
(٣) البيتان من البسيط، وهما للنابغة الذبياني في ديوانه (ص: ١٤)، لسان العرب (٣/ ٣٥٥) (قصد).

بِذَلِكَ وَالبِنَاءُ وَصفٌ فِيهَا، غَيرَ أَنَّ الوَصفَ فِي الحَاضِرِ لَغوٌ وَفِي الغَائِبِ مُعتَبَرٌ.

(وَلَو حَلَفَ لَا يَدخُلُ هَذِهِ الدَّارَ، فَخَرِبَت ثُمَّ بُنِيَت أُخرَى فَدَخَلَهَا، يَحنَثُ) لِمَا ذَكَرنَا أَنَّ الِاسمَ بَاقٍ بَعدَ الِانهِدَامِ، (وَإِن جُعِلَت مَسجِدًا أَو حَمَّامًا أَو بُستَانًا أَو بَيتًا

قوله: (**والبناء وصف فيها**)؛ أي: في الدار، (**والوصف في الحاضر لغو**)؛ أي: هذا إذا كانت الصفة لم يكن داعية إلى اليمين كصفة كون الدار معينة، (**وفي الغائب**)؛ أي: المنكر (**معتبر**)؛ لأن الغائب يُعرَف بالوصف فتعلقت اليمين بدار معروفة موصوفة بصفة؛ فلا يحنث بعد زوال تلك الصفة، وفي المعين لغو؛ لأن الإشارة أبلغ في التعريف؛ فأغنت عن الوصف الذي وُضع للتوضيح، فاستوى وجودها وعدمها، والمسألة مستقصاة في الأصول.

فإن قيل: يشكل بما قال محمد في كتاب الوكالة: لو وكَّله لشراء دار فاشترى دارًا خربة يلزم الموكل وينبغي أن لا يقع للموكل؛ لأن الصفة في الغائب مُعتبرة.

قلنا: الصفة في النكرة من كل وجه معتبرة، والدار في اليمين منكرة من كل وجه، وفي الوكالة تعرَّفت من وجه؛ إذِ التوكيل بشراء الدار وحينئذٍ لا يختلف الحال من التنكير والتعريف أو لم يكن، وحينئذٍ لا يختلف أيضًا كما لو حلف لا يكلم رجلًا لم يتقيد خلفه برجلٍ عاقل عالم.

قلنا: صفة البناء متعينة في الدار فجاز أن يراد بحكم العُرف، وفي الرجل قد تزاحمت الصفات وتمتنع إرادة الصفات عادة، ولا رجحان للبعض في الإرادة فامتنعت الإرادة أصلًا، وقولهم: (**الدار اسم للعرصة**)[1]؛ يعني: إذا بنيت فأما قبل البناء لا يقع على العرض كذا في الفوائد الظهيرية.

وقال أبو الليث: إذا كانت اليمين بالفارسية؛ لا يحنث فيهما بالدخول إلا بدخول المبنية.

قوله: (**الاسم الدار باقٍ بعد الانهدام**)؛ لأن اليمين متى عُقدت على عين فقيدت بالذات لا بالصفة فإذا ثبت أخرى لم يتبدل ذاتها؛ بل تبدل الوصف الذي

---

(١) انظر المتن ص ٨٧٣.

فَدَخَلَهُ لَم يَحنَث) لِأَنَّهُ لَم يَبقَ دَارًا، لِاعتِرَاضِ اسم آخَرَ عَلَيهِ، وَكَذَا إِذَا دَخَلَهُ بَعدَ انهِدَامِ الحَمَّامِ وَأَشبَاهِهِ، لِأَنَّهُ لَا يَعُودُ اسمَ الدَّارِيَةِ.

(وَإِن حَلَفَ لَا يَدخُلُ هَذَا البَيتَ فَدَخَلَهُ بَعدَمَا انهَدَمَ وَصَارَ صَحرَاءَ لَم يَحنَث) لِزَوَالِ اسم البَيتِ، لِأَنَّهُ لَا يُبَاتُ فِيهِ، حَتَّى لَو بَقِيَت الحِيطَانُ وَسَقَطَ السَّقفُ يَحنَثُ، لِأَنَّهُ يُبَاتُ فِيهِ وَالسَّقفُ وَصفٌ فِيهِ (وَكَذَا إِذَا بَنَى بَيتًا آخَرَ فَدَخَلَهُ لَم يَحنَث)، لِأَنَّ

لَغَى في حكم اليمين؛ إِذِ البناء صفة كمال فيها فحدوثها لا يسلب اسم الدار عنها، وللشافعي فيه وجهان كما قلنا وفي وجه لا يحنث؛ لأنها صارت أخرى.

قوله: (لاعتراض اسم آخر عليه) إذ تبدل الاسم دليل تبدل العين؛ لأن الأعيان الموجودة تعرَفُ بأسمائها؛ فإذا تبدل الاسم تبدلت العين ولا خلاف فيه لأحدٍ، وكذا لو جعلها نهرًا فدخله لا يحنث لما ذكرنا.

قوله: (وأشباهه)؛ أي: بعد كونه مسجدًا أو بستانًا أو نهرًا؛ فجعلها دارًا ودخل لم يحنث، وإن عاد اسم الدار؛ لكونه صنعة جديدة فنزل ذلك بمنزلة اسم آخر نظرًا إلى تبدل السبب؛ ولهذا لو حلف لا يدخل هذا المسجد؛ فدخله بعد ما انهدم يحنث.

قوله: (والسقف وصف فيه)؛ إِذِ البيتوتة تحصل بدونه فصار السقف في البيت بمنزلة البناء في الدار .**(وكذا إذا بني)** أي ذلك البيت يعني عرصته **(بيتًا آخر لم يحنث)** أيضًا؛ لأن الاسم لما زال بالانهدام صار الثاني غير الأول؛ لأنه لضيعة جديدة فمر بها في ذلك لا يحنث ما لم يخرج إلى الشط عند أبي يوسف[١]، وعند محمد يحنث؛ لأن دجلة من بغداد [قال الصدر الشهيد: الفتوى على قول أبي يوسف؛ لأن دجلة وإن كانت من بغداد][٢]، حتى لو جاء بغدادي من المُوصل في الفلك ومرَّ أتم صلاته إلا أنها لا تعد من بغداد عُرفًا؛ فإن أيدي أهل بغداد لا تقع عليها كما تقع على أرضها فلم تكن [٥٤٩/ب] منها.

قوله: (يحنث)؛ لأن السطح من الدار؛ ولهذا لا يجوز التخلي والتغوط

---

(١) في الأصل: (عند أبي حنيفة)، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة، وهو الموافق لما سيأتي.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

الِاسمَ لَم يَبقَ بَعدَ الِانهِدَامِ.

قَالَ: (وَمَن حَلَفَ لَا يَدخُلُ هَذِهِ الدَّارَ، فَوَقَفَ عَلَى سَطحِهَا حَنِثَ) لِأَنَّ السَّطحَ مِن الدَّارِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ المُعتَكِفَ لَا يَفسُدُ اعتِكَافُهُ بِالخُرُوجِ إِلَى سَطحِ المَسجِدِ. وَقِيلَ: فِي عُرفِنَا لَا يَحنَثُ وَهُوَ اختِيَارُ الفَقِيهِ أَبِي اللَّيثِ. قَالَ: (وَكَذَا إِذَا دَخَلَ دِهلِيزَهَا) وَيَجِبُ أَن تَكُونَ عَلَى التَّفصِيلِ الَّذِي تَقَدَّمَ (وَإِن وَقَفَ فِي طَاقِ البَابِ بِحَيثُ إِذَا أُغلِقَ البَابُ كَانَ خَارِجًا لَم يَحنَث) لِأَنَّ البَابَ لِإِحرَازِ الدَّارِ وَمَا فِيهَا، فَلَم يَكُن الخَارِجُ مِن الدَّارِ.

والوقوف للحائض والجنب على سطح المسجد، وبه قال بعض أصحاب الشافعي، وقال أكثر أصحابه: لا يحنث؛ لأنه لا يقالُ دخل البيت إذا وقف على السطح أو دخل الدهليز.

وفي جامع قاضي خان: هذا في عُرفهم وفي عُرفنا الصعود على السطح والحائط لا يسمى دخولًا فلا يحنث، ثم قال: والصحيحُ جواب الكتاب أنه يحنث، وفي فتاواه ذكر جواب الكتاب قال: هذا إذا كانت اليمين بالعربية، فإن كانت بالفارسية وصعد السطح أو شجرة فيها أو حائطًا منها لا يحنث وهو المختار.

وفي الكافي: المختار في بلاد العجم؛ أنه لا يحنث، وفي الدهليز يحنث.

وفي الإيضاح: لو كان فوق المسجد مسكن؛ لم يحنث؛ لأن ذلك ليس بمسجد.

وفي شرح الوجيز: لو كانت في الدار شجرة منتشرة الأغصان فتعلق ببعضها؛ فإن حصل في محاذاة البُنيان حنث، وإن حصل في محاذاة سيرة السطح؛ ففيه وجهان، وإن كان أعلى من ذلك يحنث، وعن أصحاب أبي حنيفة؛ أنه لو كان بحيث لو سقط سقط في الدار يحنث.

وفي المحيط: وإن كان الحالف من بلاد العجم لا يحنث، وهو الأصح.

قوله: (فلم يكن الخارج من الدار)؛ أي: خارج الباب من الدار لعدم الجُزئية.

قَالَ: (وَمَن حَلَفَ لَا يَدخُلُ هَذِهِ الدَّارَ ـ وَهُوَ فِيهَا ـ لَم يَحنَث بِالقُعُودِ حَتَّى يَخرُجَ ثُمَّ يَدخُلَ) استِحسَانًا. وَالقِيَاسُ: أَن يَحنَثَ، ....

وفي المحيط: وكذا لو قام على أسْكفة الباب والبابُ بينه وبين الدار لا يحنث، ولو أدخل رأسه أو إحدى رِجْليه أو حلف أن لا يخرج فأخرج إحدى رجليه أو رأسه؛ لم يحنث، وبه قال الشافعي وأحمد ومالك؛ لأن قيامه بالرجلين فلا يكون بأحدهما داخلًا وخارجًا.

ولو دخل لبيعها وهو شارع إلى الطريق حنث [إذا مفتحة][1] في الدار؛ لأنه من توابع الدار، ولا خلاف فيه.

حلف لا يدخل بيت فلان ولا نية له فدخل في صحن داره؛ فلا يحنث حتى يدخل البيت؛ لأن شرط حنثه الدخول في البيت وهو لم يدخل البيت، وهذا في عُرفهم وفي عُرفنا الدار والبيت واحد؛ إن دخل صحن الدار حنث وعليه الفتوى، وبه قال الشافعي في وجهٍ وأحمد.

حلف لا يدخل دار فلان فمات صاحبها فدخل؛ لم يحنث سواء كان على الميت دين أو لا؛ لأنها لم تبقَ ملك الميت بلا خلاف.

ولو باعها فلان ثم دخلها؛ إن عينها بأن قال: هذه لا يحنث عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد وزفر والشافعي ومالك وأحمد يحنث.

ولو دخل دارًا مشتركة بينه وبين غيره فإن كان المحلوف عليه يسكنها يحنث، ولو دخل دارًا يسكنها فلان بالإجارة أو الإعارة؛ يحنث وبه قال مالك وأحمد؛ لأن المراد منه نسبة السكنى، وروي أنه عليه السلام مرَّ بحائط فقال: «**لمن هذا؟**» فقال رافع بن خديج: لي يا رسول الله استأجرتُهُ[2]، فلم ينكر عليه رسول الله عليه الصلاة والسلام، وعند الشافعي لا يحنث؛ لأنها ليست بداره حقيقة.

قوله: (والقياس أن يحنث)، وبه قال زفر والشافعي في وجه لوجود الدخول، ألا ترى أنه لو نوى بالدُّخول الدوام يصح، وعندنا لا يحنث، وبه قال

---

(١) كذا في الأصل، والصواب: (إذا كانت مفتحة).

(٢) أخرجه الطبراني في الكبير (٤/ ٢٦٣ رقم ٤٣٥٤) وأصل حديث رافع هذا أخرجه البخاري (٣/ ١٠٨ رقم ٢٣٤٦).

لِأَنَّ الدَّوَامَ لَهُ حُكمُ الِابتِدَاءِ. وَجهُ الِاستِحسَانِ: أَنَّ الدُّخولَ لَا دَوَامَ لَهُ، لِأَنَّهُ انفِصَالٌ مِن الخَارِجِ إِلَى الدَّاخِلِ.

(وَلَو حَلَفَ لَا يَلبَسُ هَذَا الثَّوبَ وَهُوَ لَابِسُهُ، فَنَزَعَهُ فِي الحَالِ لَم يَحنَث) وَكَذَا إِذَا حَلَفَ لَا يَركَبُ هَذِهِ الدَّابَّةَ وَهُوَ رَاكِبُهَا فَنَزَلَ مِن سَاعَتِهِ لَم يَحنَث، وَكَذَا لَو حَلَفَ لَا يَسكُنُ هَذِهِ الدَّارَ وَهُوَ سَاكِنُهَا فَأَخَذَ فِي النَّقلَةِ مِن سَاعَتِهِ. وَقَالَ زُفَرُ: يَحنَثُ لِوُجُودِ الشَّرطِ وَإِن قَلَّ. وَلَنَا: أَنَّ اليَمِينَ تُعقَدُ لِلبِرِّ فَيُستَثنَى مِنهُ زَمَانُ تَحقِيقِهِ (فَإِن لَبِثَ عَلَى حَالِهِ سَاعَة حَنِثَ) لِأَنَّ هَذِهِ الأَفَاعِيلَ لَهَا دَوَامٌ بِحُدُوثِ أَمثَالِهَا؛ أَلَا يُرَى أَنَّهُ

الشافعي في الأصح ومالك وأحمد؛ لأن الدخول لا دوام له؛ لأنه انفصال من الظاهر إلى الباطن ولم يوجد، وإنما وُجِدَ المكث فيه.

[وفي المبسوط: لو حلف لأدخلنه غدًا، فأقام فيه حتى مضى الغد يحنث؛ لأن شرط بره وجود فعل الدخول في الغد، ولم يوجد، وإنما وجد المكث فيه][(١)]، ولو نوى بالدخول الإقامة فيه لم يحنث؛ لأن المنوي من محتملات اللفظ، فإن المقصود من الدخول الإقامة، فكأنه جعل ذكر الدخول كناية عمَّا هو المقصود[(٢)].

(وقال زفر: يحنث)؛ أي: قياسًا لوجود شرطه، والسكون والركوب **(وإن قلّ)**، وعندنا لا يحنث استحسانًا؛ إذا أخذ في النقلة والنزع استحسانًا من ساعته، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد؛ لأن اليمين يُعقَد للبرِّ، قال تعالى: ﴿وَٱحۡفَظُوٓاْ أَيۡمَٰنَكُمۡۚ﴾ والحنث منهي عنه، قال تعالى: ﴿وَلَا تَنقُضُواْ ٱلۡأَيۡمَٰنَ بَعۡدَ تَوۡكِيدِهَا﴾ [النحل: ٩١].

وفي مسألة الحلف على مس السماء يعقد للبر أيضًا لتصوره، ويحنث للعجز الحالي وإذا كان البر مقصودًا لليمين، وأنه متعذر بهذه اليمين ما لم يستثن زمان تحققه.

(لأن هذه الأفاعيل)، وهي اللبس، والركوب، والسكنى **(لها دوام بحدوث أمثالها)**، فكان لدوامها حكم الابتداء.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٨/ ١٧٠).

يُضرَبُ لَهَا مُدَّةٌ يُقَالُ: رَكِبت يَوما وَلَبِست يَومًا بِخِلَافِ الدُّخولِ، لِأَنَّهُ لَا يُقَالُ: دَخَلت يَومًا بِمَعنَى المُدَّةِ وَالتَّوقِيتِ وَلَو نَوَى الِابتِدَاءَ الخَالِصَ يُصَدَّقُ، لِأَنَّهُ مُحتَمَلُ كَلَامِهِ.

قَالَ: (وَمَن حَلَفَ لَا يَسكُنُ هَذِهِ الدَّارَ فَخَرَجَ بِنَفسِهِ وَمَتَاعِهِ وأَهْلُهُ فِيهَا، وَلَم يُرِد الرُّجُوعَ إِلَيهَا حَنِثَ) لِأَنَّهُ يُعَدُّ سَاكِنَهَا بِبَقَاءِ أَهلِهِ وَمَتَاعِهِ فِيهَا عُرفًا، فَإِنَّ السُّوقِيَّ

وعن هذا لو قال: كلما ركبت فأنت طالقٌ، فمكثَ ساعة يُمكنها النزول فيها طلقت، وإن مكث ساعةً أخرى طلقت أيضًا؛ لما ذكرنا أن للدوام حكم الابتداء، بخلاف [٥٥٠/أ] ما لو قال: كلما ركبتُ دابة فعليَّ أن أتصدق بدرهم، فركب دابة فعليه درهم إن طال مكثه في الركوب، وعلى ما قلتم ينبغي أن تلزمه الزيادة فعليه الدرهم؛ لأن للدوام حُكم الابتداء إذا لم يكن الإنشاء والابتداء بصفة الخلوص مرادًا، أما إذا كان فلا.

ولهذا في هذا الفصل لو كان راكبًا وقت اليمين يلزمه في كل وقتٍ يمكنه النزول والركوب درهم؛ لأن الإنشاء والابتداء بصفة الخلوص غير مراد. كذا في جامع قاضي خان، والفوائد الظهيرية(١).

ولأنا لو قلنا بلزوم درهم في كل ساعة بدوامه في الركوب لا يفي ماله وإن كثر فيلزم الحرج فكان الإنشاء غير مراد فيه.

قوله: (بمعنى المدة والتوقيت)؛ لأنه يقال في مجاري الكلام كثيرًا دخلتُ عليه يومًا قال لي: كذا وكذا، فقرن الدخول باليوم ولكن يرادُ به مطلق الوقت لا أن يكون المراد به المدة.

قوله: (ولم يُرد الرجوع إليها حنث)، وبه قال أحمد ومالك، وعن مالك لو أقام يومًا وليلة حنث، وفي الأقل لم يحنث وعد زفر يحنث عقيب اليمين كما ذكرنا، وعند الشافعي لا يحنث إذا خرج بنية التحويل، وهذا الخلاف مبني على أصل بيننا وبين الشافعي وهو أن عنده العبرة لحقيقة اللفظ والعادة بخلافها لا يعتبر.

---

(١) انظر: عيون المسائل للسمرقندي (ص ٦٢)، والبناية شرح الهداية للعيني (٦/ ١٥٣)، والعناية شرح الهداية للبابرتي (٥/ ١٠٤).

عَامَّةَ نَهَارِهِ فِي السُّوقِ وَيَقُولُ أَسكُنُ سِكَّةَ كَذَا، وَالبَيتُ وَالمَحَلَّةُ بِمَنزِلَةِ الدَّارِ. وَلَو كَانَ اليَمِينُ عَلَى المِصرِ لَا يَتَوَقَّفُ البِرُّ عَلَى نَقلِ المَتَاعِ وَالأَهلِ فِيمَا رُوِيَ عَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، لِأَنَّهُ لَا يُعَدُّ سَاكِنا فِي الَّذِي انتَقَلَ عَنهُ عُرفًا. بِخِلَافِ الأَوَّلِ. ....

وعندنا العبرة للعادة؛ لأنها طارئ على الحقيقة، والحالف يريد ذلك ظاهرًا فيحل كلامه عليه، ألا ترى أن المديون يقول لصاحب الدين: [لأجرينك][١] على الشوك يُحمل ذلك على شدة المطل لا حقيقة اللفظ[٢]، وقد مرَّ في أول كتاب الأيمان، وإنما يجب نقل المتاع والأهل إذا كان الحالف متأهلًا، فإن كان ممن يعوله غيره بأن كان ابنًا كبيرًا يسكن مع أبيه، أو امرأة فخرج بنفسه وترك متاعه هنالك لا يحنث.

وفي الفوائد الظهيرية: قال أبو الليث: هذا إذا عقد يمينه بالعربية، فإن عقدها بالفارسية لا يحنث إذا خرج بنفسه وخلف أهله ومتاعه.

وفي الكافي: ومتى كان الحالف متأهلًا وعقد يمينه بالعربية لو منع بالخروج ومنعوا متاعه أيضًا وأوثقوه، أو وجد الباب مغلقًا بحيث لا يمكنه الفتح والخروج لم يحنث، وبه قال الشافعي وأحمد، بخلاف ما لو قال: إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته كذا، فقُيد ومنع من الخروج حيث تَطلُقُ.

وكذا لو قال لها وهي في منزل والدها: إن لم تحضري الليلة منزلي فأنتِ طالق، فمنعها الوالدُ عن الحضور تطلق في الصحيح؛ لأن شرط الحنث هنا الفعل -وهو السكنى- وهو مكرهٌ فيه، وأثر الإكراه في إعدام الفعل بالاختيار.

ثم شرط الحنث عدم الفعل، وليس للإكراه أثر في إبطال العدم؛ لأنه لا يحتاج إلى الاختيار، هكذا ذكره الفضلي، وعن الحلواني خلاف.

قال التمرتاشي: وهذا بناء على أن العجز الحسي هل له تأثير في البر؟

قوله: (لا يُعدَّ ساكنًا في الذي انتقل عنه عُرفًا)، فإن من يكون ببصرة لا يقال: هو ساكن بغداد بخلاف الدار والبيت والمحلة؛ لأن مَن كان في السوق

---

(١) في الأصل: (جرنك)، وفي النسخة الثالثة: (لأجرنك)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) انظر: المبسوط للسَّرَخسِي (٨/ ١٦٣).

وَالقَرِيَةُ بِمَنزِلَةِ المِصرِ فِي الصَّحِيحِ مِن الجَوَابِ. ثُمَّ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ: لَا بُدَّ مِن نَقلِ كُلِّ المَتَاعِ، حَتَّى لَو بَقِيَ وَتَدٌ يَحنَثُ، لِأَنَّ السُّكنَى قَد ثَبَتَ بِالكُلِّ فَيَبقَى مَا بَقِيَ شَيءٌ مِنهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ -رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى- عَلَيهِ. يُعتَبَرُ نَقلُ الأَكثَرِ لِأَنَّ نَقلَ الكُلِّ قَد يَتَعَذَّرُ.

يقول: اسكن محلة كذا، ودار كذا، وبيت كذا، وعند الشافعي المِصرُ كالدار؛ لما ذكرنا أنه يعتبر حقيقة اللفظ لا العادة.

قوله: (والقرية بمنزلة المِصر في الصحيح)، واحترز به عن قول بعض مشايخنا: إن القرية كالدار، وهو قول الشافعي، والمختار أنها كالدار لما ذكرنا من العُرف، ذكره في المحيط[١].

قوله: (ثم قال أبو حنيفة) إلى آخره، في المحيط، والمبسوط[٢]: اختلفوا في كيفية الانتقال، قال أبو حنيفة: لا بدَّ من نقل كل المتاع مع الأهل حتى إذا ترك شيئًا يسيرًا لم يبر، وبه قال أحمد.

قال بعض مشايخنا: هذا إذا كان الباقي يتأتى به السُّكنى، إما ببقاء مكنسة أو وتد أو قطعة حصير فيها لا يبقى ساكنًا فيها فلا يحنث فلا يبقى ببقاء شيءٍ منها.

فإن قيل: هذا المجموع ينتفي بانتفاء البعض كما ينتفي بانتفاء الكل كالعشرة تنتفي بانتفاء فرد لا تبقى جُملة أفراده.

قلنا: المجموع إذا كان من حيث الإفراد لا ينتفي بانتفاء البعض؛ بل ينتفي بانتفاء الكل والسكنى من هذا القبيل فإنه يعد ساكنًا ببقاء بعض متاعه فيها وإن كان بعضها في السوق.

(وقال أبو يوسف رحمه الله يُعتبر نقل الأكثر)، وعليه الفتوى كذا في المحيط، والفوائد الظهيرية والكافي.

(لأن نقل الكل قد يتعذر)، وبقاء الأقل لا يعدُّ ساكنًا عُرفًا.

---

(١) انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٣/ ١٢٠).
(٢) المبسوط للسَّرَخسِي (٨/ ١٦٢).

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحمَةُ اللَّهِ تَعَالَى عَلَيهِ: يُعتَبَرُ نَقلُ مَا يَقُومُ بِهِ كَدَخدَائِيَّتِهِ لِأَنَّ مَا وَرَاء ذَلِكَ لَيسَ مِن السُّكنَى. قَالُوا: هَذَا أَحسَنُ وَأَرفَقُ بِالنَّاسِ وَيَنبَغِي أَن يَنتَقِلَ إِلَى مَنزِل آخَرَ بِلَا تَأخِير حَتَّى يَبَرَّ، فَإِن انتَقَلَ إِلَى السِّكَّةِ أَو إِلَى المَسجِدِ قَالُوا: لَا يَبَرُّ، دَلِيلُهُ فِي الزِّيَادَاتِ: أَنَّ مَن خَرَجَ بِعِيَالِهِ مِن مِصرِهِ فَمَا لَم يَتَّخِذ وَطَنًا آخَرَ يَبقَى وَطَنُهُ الأَوَّلُ فِي حَقِّ الصَّلَاةِ كَذَا هَذَا. وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

(وقال محمد رحمة الله تعالى عليه: يعتبر نقل ما يقوم به [٥٥٠/ب] **كَدَخْدَائِيَّتِهِ)**، وفي المحيط: هذا حسن.

وفي شرح المجمع: واستحسنه المشايخ وعليه الفتوى، وعن مالك يُعتبر نقلُ عياله دون متاعه.

قال مشايخنا: هذا الخلاف في نقل الأمتعة، فأما الأهل فلا بدَّ من نقل كلهم بلا خلاف، كذا في المبسوط، في الفوائد الظهيرية[(١)].

قوله: (قالوا لا يَبَرُّ)، وفي جامع قاضي خان: اختلفوا فيه، قال بعضهم: لا يحنث؛ لأنه لم يسم ساكنًا فيها، وقال بعضهم: يحنث؛ لأن سكناه لا ينتقض إلا بسكنى أخرى استدلالًا بمسألة الزيادات.

كوفي نقل عياله إلى مكة ليتوطن، فلما توطن بمكة بدا له أن يرجع إلى خراسان فمرَّ بالكوفة يُصلي ركعتين؛ لأن وطنه بالكوفة انتقض بوطنه إلى مكة، وإن بدا له في الطريق قبل أن يدخل مكة ورجع إلى خراسان فمرَّ بالكوفة يُصلي بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطنًا آخر، كذا ههنا بقي وطنه الأول.

وفي المحيط: وإذا انتقل إلى السكة، أو إلى المسجد، قيل: لا يحنث، وقيل: يحنث.

وذكر أبو الليث: إذا انتقل إلى السكة أو إلى المسجد؛ قيل: لا يحنث، وقيل: يحنث، وذكر أبو الليث إذا انتقل إلى السكة أو إلى المسجد وسلم داره بإجارة، أو رد المستأجرة إلى المؤاجرة؛ لا يحنث وإن لم يتخذ دارًا في مسجد أو موضع آخر، ولو كان في طلب مسكن آخر وترك الأمتعة فيها أيامًا لا يحنث

---

(١) كذا في الأصل، وقوله (كذا في المبسوط) غير موجود بالنسخة الثانية، والثالثة.

بَابُ اليَمِينِ فِي الخُرُوجِ وَالإِتيَانِ وَالرُّكُوبِ وَغَيرِ ذَلِكَ

قَالَ: (وَمَن حَلَفَ لَا يَخرُجُ مِن المَسجِدِ، فَأَمَرَ إِنسَانًا فَحَمَلَهُ فَأَخرَجَهُ حَنِثَ) لِأَنَّ فِعلَ المَأمُورِ مُضَافٌ إِلَى الآمِرِ فَصَارَ، كَمَا إِذَا رَكِبَ دَابَّة فَخَرَجَت (وَلَو أَخرَجَهُ مُكرَهًا لَم يَحنَث) ....

في الصحيح؛ لأن طلب المنزل من عمل النقل فصار مدة الطلب مستثنى بحكم العُرف إذا لم يفرط في الطلب، وبه قال أحمد ومالك والشافعي.

باب اليمين في الخروج والإتيان والركوب وغير ذلك

ناسب ذكر الخروج بعد الدخول، وأما الإتيان والركوب فمما يتحقق بعد الخروج فاستصحبهما ذكر الخروج.

قوله: (لا يخرج من المسجد)، وكذا الحُكم في البيت والدار وغيره، ولكن وضع المسألة في المسجد حملًا ليمينه على العبادة.

قوله: (ولو أخرجه)؛ أي: الحالف **(مُكرهًا لم يحنث)**، وبه قال الشافعي في الأصح، وأحمد في رواية؛ لأنه لم يُوجَد من الحالف فعل لا حقيقةً ولا حكمًا؛ لأنه لم يأمره به.

وقال مالك: إن استصعب على الحامل لم يحنث، وإن تراخى عليه حنث، يعني إذا كان قادرًا على الامتناع وسكت عنده يحنث؛ لأن سُكوته في هذه الحالة بمثابة الإذن، وبه قال بعض أصحاب الشافعي.

وصورة المسألة في الإخراج فيما إذا حمله الإنسان وأخرجه مكرهًا؛ لأنه لم يُوجَدُ منه فعل حينئذٍ، أما إذا هدده وخرج بنفسه خوفًا منه حنث لوجود الفعل منه، وبه قال مالك والشافعي في قول، وأحمد في رواية.

ولو حمله وأخرجه بغير أمره ورضي بقلبه؛ لم يحنث في الصحيح، وبه قال بعض أصحاب الشافعي.

وقال بعض المشايخ: حنث، وبه قال مالك؛ لأنه لما كان متمكنًا من الامتناع ولم يرضَ بقلبه صار كالآمر بالإخراج، ذكره في المبسوط[1].

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٨/ ١٧١).

لِأَنَّ الفِعلَ لَم يَنتَقِل إِلَيهِ لِعَدَمِ الأَمرِ (وَلَو حَمَلَهُ بِرِضَاهُ لَا بِأَمرِهِ لَا يَحنَثُ) فِي الصَّحِيحِ، لِأَنَّ الِانتِقَالَ بِالأَمرِ لَا بِمُجَرَّدِ الرِّضَا.

قَالَ: (وَلَو حَلَفَ لَا يَخرُجُ مِن دَارِهِ إِلَّا إِلَى جِنَازَة، فَخَرَجَ إِلَيهَا ثُمَّ أَتَى حَاجَة أُخرَى لَم يَحنَث) لِأَنَّ المَوجُودَ خُرُوجٌ مُستَثنى، وَالمُضِيَّ بَعدَ ذَلِكَ لَيسَ بِخُرُوج.

(وَلَو حَلَفَ لَا يَخرُجُ إِلَى مَكَّةَ، فَخَرَجَ يُرِيدُهَا ثُمَّ رَجَعَ حَنِثَ) لِوُجُودِ الخُرُوجِ عَلَى قَصدِ مَكَّةَ وَهُوَ الشَّرطُ، إِذ الخُرُوجُ هُوَ الِانفِصَالُ مِن الدَّاخِلِ إِلَى الخَارِجِ (وَلَو

وجه الصحيح أنه لم يوجد منه فعل لا حقيقةً، ولا تقديرًا؛ إذِ التقدير بالأمر ولم يوجَد؛ لأن نقل الفعل [بالأمر][1]؛ ولهذا لو أمر غيره بإتلاف غيره ماله فأتلفه لم يضمن، ولو أتلفه بغير أمره وهو ساكت لم ينهه يضمن.

في مبسوط شيخ الإسلام: وضع هذه المسألة في الدخول، وقال: ولهذا لو حلف لا يأكل الطعام فأكله مكرهًا حنث، وإن أوجر في حلقه لم يحنث.

ثم في مسألة الحمل لما لم يحنث هل تنحلُّ اليمين؟

قال أبو شجاع: تنحلُّ، وكذا لو حلف لا يدخل دار فلانٍ فهبت به الريح فألقته فيها لم يحنث، وتنحل اليمين.

قال النسفي: وهذا أرفق للناس، وقال غيره من المشايخ: لا ينحل، وهو الصحيح، كذا في جامع التمرتاشي، وقاضي خان.

قوله: (**والمُضي بعد ذلك ليس بخروج**)؛ لأن الخروج انفصال من الباطن إلى الخارج ولم يُوجَد، والموجود الإتيان إلى حاجة ليس بخروج؛ لأنه عبارة عن الوصول، والخروج عبارة عن الانفصال، ولا دوام للخروج بالإجماع.

قوله: (**فخرج يريدها**)؛ أي: مكة، ويشترط للحنث أن يجاوز عمران مصره على نية الخروج إلى مكة، حتى لو رجع قبل أن يجاوز عمران مصره لم يحنث وإن كان على هذه النية.

قوله: (**إذِ الخروج هو الانفصال**) إلى آخره، قال تعالى: ﴿وَمَن يَخْرُجْ مِنۢ بَيْتِهِۦ

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

حَلَفَ لَا يَأْتِيهَا لَم يَحنَث حَتَّى يَدخُلَهَا) لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَن الوُصُولِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿فَأْتِيَا فِرْعَوْنَ فَقُولَآ﴾ [الشعراء: ١٦] وَلَو حَلَفَ لَا يَذهَبُ إِلَيهَا قِيلَ: هُوَ كَالإِتيَانِ، وَقِيلَ: هُوَ كَالخُرُوجِ وَهُوَ الأَصَحُّ لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَن الزَّوَالِ.

﴿مُهَاجِرًا إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ﴾ [النساء:١٠٠]، وأراد به الانفصال لا الوصول، وفي مسألة الإتيان يشترط الوصول كما قال تعالى: ﴿فَأْتِيَا فِرْعَوْنَ﴾ [الشعراء:١٦]، وقال عليه السلام: «**من أتى امرأتَهُ** [٥٥١/أ] **الحائضَ، أو أتاهَا في [غيرِ]**[(١)] مأتِها، أو أتى كاهنًا وصدَّقه فيما قالَ فقد كفرَ بما أُنزلَ على محمدٍ»[(٢)].

قوله: (قيل هو كالإتيان)، اختلف المشايخ في الذهاب، قال نصير بن يحيى: هو كالإتيان؛ لقوله تعالى: ﴿ٱذْهَبَآ إِلَىٰ فِرْعَوْنَ إِنَّهُۥ طَغَىٰ ۝٤٣ فَقُولَا﴾ [طه:٤٣-٤٤]، وذا بمعنى الإتيان.

وقال محمد بن سلمة: وهو بمنزلة الخروج، وهو الأصح؛ لقوله تعالى: ﴿لِيُذْهِبَ عَنكُمُ ٱلرِّجْسَ أَهْلَ ٱلْبَيْتِ﴾ [الأحزاب:٣٣]، أي: ليزيله عنكم.

فثبت أن الذهاب هو الزوال والانفصال؛ لأن الذهاب إفعال من الذهاب، والإذهاب الإزالة، وكونه إزالة لا تفتقر إلى وصول الزائل إلى محل آخر، فكذا الذهاب الذي هو الزوال فلا يشترط فيه الوصول.

ولأن الذهاب والخروج يستعملان استعمالًا واحدًا، يقال: ذهب إلى مكة، وخرج إلى مكة بمعنى واحد، وهذا الاختلاف فيما إذا لم تكن له نية، فإن نوى الخروج أو الإتيان فعلى ما نوى؛ لأنه يحتمل كل واحد منهما.

وفي جامع قاضي خان، والفوائد الظهيرية: فالقصد يشترط للحنث في الخروج والذهاب، وفي الإتيان لا يشترط.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) أخرجه الترمذي (١/ ١٩٩ رقم ١٣٥)، والنسائي في الكبرى (٨٩٦٧)، وابن ماجه (١/ ٢٠٩ رقم ٦٣٩) عن أبي هريرة ﵁.

قال الترمذي: ضعف محمد - البخاري - هذا الحديث من قبل إسناده، وقال أيضًا: سألت محمدًا عن هذا الحديث فلم يعرفه إلا من هذا الوجه، وضعف هذا الحديث جدًّا. العلل الكبير (٤٩)، وضعفه النووي في خلاصة الأحكام (٦٠٥).

(وَإِن حَلَفَ لَيَأْتِيَنَّ البَصرةَ فَلَم يَأتِهَا حَتَّى مَاتَ حَنِثَ فِي آخِرِ جُزء مِن أَجزَاءِ حَيَاتِهِ) لِأَنَّ البِرَّ قَبلَ ذَلِك مَرجُوٌّ.

(وَلَو حَلَفَ لَيَأْتِيَنَّهُ غَدًا إن استَطَاعَ، فَهَذَا عَلَى استِطَاعَةِ الصِّحَّةِ دُونَ القُدرَةِ، وَفَسَّرَهُ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَقَالَ: إذَا لَم يَمرَض وَلَم يَمنَعهُ السُّلطَانُ، وَلَم يَجِئ أَمرٌ لَا يَقدِرُ عَلَى إتيَانِهِ فَلَم يَأتِهِ حَنِثَ، وَإِن عَنَى استِطَاعَةَ القَضَاءِ دُيِّنَ فِيمَا بَينَهُ وَبَينَ اللَّهِ تَعَالَى) وَهَذَا لِأَنَّ حَقِيقَةَ الِاستِطَاعَةِ فِيمَا يُقَارِنُ الفِعلَ، وَيُطلَقُ الِاسمُ عَلَى سَلَامَةِ الآلَاتِ وَصِحَّةِ الأَسبَابِ فِي المُتَعَارَفِ. فَعِندَ الإِطلَاقِ يَنصَرِفُ إلَيهِ ....

وفي فتاوى قاضي خان: قال لامرأته: (أكبربخانة مادروي بر إطلاق) فذهبت إلى باب دارها ولم تدخل، اختلف فيه، قيل: تطلق، والصحيح أنها لا تطلق[1].

فكان ذكر الصحيح فيه على خلاف ذكر الصحيح في الكتاب.

قوله: (وإن عنى استطاعة القضاء)؛ أي: استطاعة القضاء والقدر التي تقارن الفعل عند أهل السنة، وسمَّى استطاعة القضاء لأن الفعل يوجَد بإيجاد الله وقضائه وقدره، فإذا قضى بوجود الفعل أوجد قدرة العبد مع ذلك الفعل، ولو لم يوجد ذلك الفعل لم توجَد القدرة؛ لأنها خلقت لأجل ذلك الفعل المقضي عليه بالوُجود فسميت استطاعة القضاء فلا يحنث ديانةً أبدًا؛ لأنه في أي حال لم يفعل فإنه غير مستطيع حقيقةً؛ لأنها لا تسبق الفعل، ذكره البزدوي في مبسوطه، وجامعه.

(فعند الإطلاق ينصرف إليه)؛ أي: إلى المتعارف؛ لأن مطلق الكلام يُحمل على المتعارف، قال الله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران:٩٧]، وفسَّرها عليه السلام بالزاد والراحلة[2].

---

(١) فتاوى قاضي خان (١/ ٢٣٤).

(٢) أخرجه الترمذي (٢/ ١٦٩ رقم ٨١٣)، وابن ماجه (٢/ ٩٢٦ رقم ٢٨٩٦)، والدارقطني (٣/ ٢١٧ رقم ٢٤٢١) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

قال الترمذي: هذا حديث حسن.... وإبراهيم هو ابن يزيد الخوزي المكي وقد تكلم فيه بعض أهل العلم من قبل حفظه، وقال أيضًا: هذا حديث لا نعرفه من حديث ابن عمر إلا من حديث إبراهيم بن يزيد الخوزي المكي، وقد تكلم بعض أهل العلم في إبراهيم بن يزيد من قبل حفظه. السنن (٢٩٩٨).

وَتَصِحُّ نِيَّةُ الأَوَّلِ دِيَانَة، لِأَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلَامِهِ، ثُمَّ قِيلَ: وَتَصِحُّ قَضَاء أَيضًا لِمَا بَيَّنَّا، وَقِيلَ: لَا تَصِحُّ لِأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ.

قال: (وَمَن حَلَفَ لَا تَخرُجُ امرَأَتُهُ إِلَّا بِإِذنِهِ، فَأَذِنَ لَهَا مَرَّة فَخَرَجَت، ثُمَّ خَرَجَت مَرَّة أُخرَى بِغَيرِ إِذنِهِ حَنِثَ وَلَا بُدَّ مِن الإِذنِ فِي كُلِّ خُرُوج) لِأَنَّ المُستَثنَى

وقال تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُم مَّا ٱستَطَعتُم﴾ [الأنفال:٦٠]، ويقال: فلان يستطيع كذا ولا يستطيع كذا.

(وتصحُ نية الأول)، وهو استطاعة القضاء؛ لأن ذا مما يقع عليه اسم الاستطاعة، قال تعالى: ﴿وَلَن تَستَطِيعُوٓاْ أَن تَعدِلُواْ﴾ [النساء:١٢٩]، وقال تعالى: ﴿فَمَا ٱسطَٰعُوٓاْ أَن يَظهَرُوهُ وَمَا ٱستَطَٰعُواْ لَهُۥ نَقبًا ﴿٩٧﴾﴾ [الكهف:٩٧]، إلا إنه خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضي؛ لأنه تخفيفٌ على نفسه، وقيل: يصدَّق قضاءً؛ لأنه نوَى حقيقة مستعملة كما بينا، ذكره البزدوي، وقاضي خان.

وقوله: (لما بينا)، إشارة إلى: **(نوى حقيقة كلامه)**.

قوله: (ولا بدَّ من الإذن في كل خروج)، ولا خلاف فيه، والحيلة في ذلك أن تقول: كلما أردتِ الخروج فقد أذنتُ لكِ، ولو قال ذلك ثم نهاها لا يصح نهيُه عند أبي يوسف خلافًا لمحمد.

وجه قول محمد: أنه لو أذن لها بالخروج مرةً ثم نهاها فعمل نهيه اتفاقًا، فكذا بعد الإذن العام، وعند أبي يوسف إنما يعمل نهيُه إذا أذن لها مرة؛ لأنه يفيد لبقاء اليمين بعده، أما النهي بعد الإذن العام لا يفيد؛ لارتفاع اليمين بالإذن العام، وقال الشافعي: لا يعمل نهيُه في الصورتين.

ولو أذن لها بخرجة، ثم نهاها عن تلك الخرجة يعمل نهيه بالإجماع.

ثم الإذن يتقيد بالنكاح؛ لأن الإذن إنما يصح لمن لهُ المنع، وذلك كما لو حلف السلطان رجلًا ليرفعن إليه بكل دَاعِرٍ يعرفه يتقيد بقيام ولايته بلا خلاف، ذكره التمرتاشي(١).

---

(١) انظر: كنز الدقائق لأبي البركات النسفي (ص ٣٤٤)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للفخر الزيلعي (٣/ ١٦٠).

خُرُوجٌ مَقرُونٌ بِالإذنِ، وَمَا وَرَاءَهُ دَاخِلٌ فِي الحَظرِ العَامِّ. وَلَو نَوَى الإذنَ مَرَّة يُصَدَّقُ دِيَانَة لَا قَضَاء، لِأَنَّهُ مُحتَمَلُ كَلَامِهِ لَكِنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ (وَلَو قَالَ: إلَّا أن آذَنَ لَك، فَأَذِنَ لَهَا مَرَّة وَاحِدَة فَخَرَجَت، ثُمَّ خَرَجَت بَعدَهَا بِغَيرِ إذنِهِ لَم يَحنَث) لِأَنَّ هَذِهِ كَلِمَةُ غَايَة فَتَنتَهِي اليَمِينُ بِهِ، كَمَا إذَا قَالَ: حَتَّى آذَنَ لَك.

(وَلَو أَرَادَت المَرأَةُ الخُرُوجَ فَقَالَ: إن خَرَجتِ ....

(وما راءَهُ)؛ أي: الخروج الملصق بالإذن **(داخلٌ في الحظر العَام)**، وهو **قوله: (إن خرجتِ)**؛ إذِ الشرط بمعنى النفي ملصقًا (بإذني) فيكون ما وراء الخروج الملصق داخلًا تحت الحظر العام فيحنث إذا وجد غير مُلصق بالإذن، ونظيرُه: إن خرجت إلا بقناع، فيحنث بخرُوجها بغير قناع.

قوله: (نوى... محتمل كلامه)؛ لأن الإذن مرة موجب الغاية المذكورة بقوله: "حتى آذن لك"، وبين الغاية والاستثناء مناسبة من حيث إن حكم كل واحدٍ منهما بعد الاستثناء، والغاية مخالف لما قبلهما.

ثم للشافعي في قوله: "إلا بإذني" ينتهي اليمين بخرجة واحدة سواء كانت بإذن [٥٥١/ب] الزوج أو بغيرها، حتى لو خرجت بعد ما خرجت بإذنه لا تطلق كما في قوله: "إلا أن آذن لك"، وفي وجه فرق كمذهبنا، وهو اختيار المزني والقفال.

وجه ظاهر مذهبه أن اليمين عقدت بخرجة واحدة وهي الأولى، فإذا وُجدَت إن كانت بغير إذن حنث، وإن كانت بإذن حصل البر وارتفعت اليمين.

قال القاضي حسين: تفحصت لما ظفرت بجواب مقنع في هذه المسألة[١].

قوله: (فتنتهي اليمين به)؛ أي: بالإذن مرة، وهذا عندنا، وقال الفراء: لا ينتهي كما في قوله: "إلا بإذني"، وهو قول أحمد؛ لأن (أن) مع الفعل مصدر، ولا اتصال للمصدر بما تقدم إلا بصلة فوجب تقدير الباء فيصيرُ كقوله: إلا بإذني، وفيما قلنا تحقيق معنى الاستثناء والعمل به واجب ما أمكن؛ لأنه حقيقة، والغاية مجاز.

قلنا: قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تُغۡمِضُواْ فِيهِۚ﴾ [البقرة:٢٦٧]، ﴿إِلَّآ أَن يُحَاطَ بِكُمۡۖ﴾

---

(١) انظر: العزيز شرح الوجيز للرافعي (١٢/ ٣٢٥).

فَأَنتِ طَالِقٌ، فَجَلَسَت، ثُمَّ خَرَجَت لَم يَحنَث) وَكَذَلِكَ إِذَا أَرَادَ رَجُلٌ ضَربَ عَبدِهِ فَقَالَ لَهُ آخَرُ: إِن ضَرَبتَهُ فَعَبدِي حُرٌّ فَتَرَكَهُ ثُمَّ ضَرَبَهُ وَهَذِهِ تُسَمَّى يَمِينَ فَور. ....

[يوسف:٦٦] [أي: حتي تغمضوا، وحتى يحاط][١].

فإن قيل: قوله تعالى: ﴿لَا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ إِلَّا أَن يُؤْذَنَ لَكُمْ﴾ [الأحزاب:٥٣]، وتكرار الإذن كان شرطًا حتى حرم الدخول في كل مرة [بغير إذن.

قلنا: المراد الغاية أيضًا، وإنما ثبت الحظر في سائر المرّات بآخر الآية وهو قوله تعالى: ﴿إِنَّ ذَٰلِكُمْ كَانَ يُؤْذِي النَّبِيَّ﴾، والإيذاء موجود في كل مرة][٢]، ولأن دخول دار إنسان من الآحاد بغير إذنه حرام للاحترام، ولقوله تعالى: ﴿لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّىٰ تَسْتَأْنِسُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النور:٢٧]، ووجب الاستئناس في كل مرة، فكيف في حق النبي عليه السلام؛ إذْ هو أفضل البشر وواجبُ التعظيم، والاجتناب عما يكرهه، فيثبت الحظر بدلالة النص.

وفي المبسوط: أن الكلام إذا بطلت حقيقته تعين مجازه، وقد تعذر الاستثناء ههنا؛ لأن إن مع الفعل فيصير كأنه استثنى الإذن من الخروج، وذا باطل لعدم المجانسة ولا يمكن تقدير الخروج؛ إذْ لو قلت: إلا خروجًا إن أذن لك، أو: خروجًا أدنى، كان كلامًا مختلًّا، فعرف أنه بمعنى التوقيت.

ولو نوى التعدد في هذه الصورة بأن نوى بقلبه: إلا أن آذن، أو بقوله: حتى آذن، إلا بإذني، صُدق ديانةً وقضاءً؛ لأن الاستثناء من الغاية وبينهما مناسبة كما ذكرنا، ويصدق قضاءً ههنا؛ لأن فيه تشديد على نفسه.

قوله: (وهذه)؛ أي: هذه اليمين **(تسمَّى يمين فورٍ)**، يمين الحال، والفور مَصدَر فارت القِدر إذا غلت، فاستعير للسرعة، ثم سميت الحالة التي لا ريب فيها ولا لبث، يقال: جاء فلان وخرج [من][٣] فوره؛ أي: من ساعته.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

وَتَفَرَّدَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ بِإِظْهَارِهِ.

وَوَجهُهُ: أَنَّ مُرَادَ الْمُتَكَلِّمِ الرَّدُّ عَن تِلكَ الضَّربَةِ وَالْخُرجَةِ عُرفًا، وَمَبنَى الأَيمَانِ عَلَيهِ. (وَلَو قَالَ لَهُ رَجُلٌ: اجلِس فَتَغَدَّ عِندِي، فَقَالَ: إِن تَغَدَّيتُ فَعَبدِي حُرٌّ، فَخَرَجَ فَرَجَعَ إِلَى مَنزِلِهِ وَتَغَدَّى لَم يَحنَث) لِأَنَّ كَلَامَهُ خَرَجَ مَخرَجَ الجَوَابِ فَيَنطَبِقُ عَلَى

وفي الفوائد الظهيرية: سميت بهذا الاسم باعتبار فوران الغضب(١).

(وتفرد أبو حنيفة رحمه الله بإظهاره)؛ أي: لم يسبقه أحدٌ فيه، وكانوا يقولون: اليمين على نوعين: مطلقة، ومقيدة بوقتٍ، فاستنبط أبو حنيفة قسم ثالث وهي: مطلقة لفظًا مؤقتة معنى، وإنما أخذها من حديث جابر بن عبد الله وابنه حين دعيا إلى نصرة إنسان فحلفَا أن لا ينصراه، ثم نصراه بعد ذلك ولم يحنثا، واعتبر في ذلك العُرف ومبنى الأيمان على العرف.

قوله: (فخرج فرجع إلى منزله)، وفي بعض النسخ: **(رجع [لم](٢) يحنث)**؛ أي: في الاستحسان، والقياس أن يحنث، وهو قول زفر والشافعي؛ لأنه عقد يمينه على مُطلق للغداء فيتناول كل غداء، كما لو قال ابتداءً: والله لا أتغدى.

ولنا على [عقد يمينه على](٣) غداء بعينه، وهو الغداء المدعو إليه؛ لخروج كلامه مخرج الجواب، وفي سؤاله غدا مُعين فكذا في الجواب؛ إذِ الجواب يتضمن إعادة ما في السؤال، بخلاف ما لو قال ابتداءً؛ لأن كلامه لم يخرج جوابًا حتى يتقيد، فينصرف إلى مطلق الغداء، وبخلاف ما لو قال: إن تغديت اليوم، أو معك؛ لأنه زاد على قدر الجواب فيجعل تأدّيًا لا ثانيًا احترازًا عن إلغاء الزيادة.

فإن قيل: لا كذلك فإن الله تعالى قال: ﴿وَمَا تِلْكَ بِيَمِينِكَ يَٰمُوسَىٰ ۝١٧ قَالَ هِيَ عَصَايَ أَتَوَكَّؤُا عَلَيْهَا وَأَهُشُّ بِهَا عَلَىٰ غَنَمِي﴾ [طه:١٧-١٨]، فزاد على الجواب، ومع ذلك جعل مجيبًا لا مُبتدئًا.

قلنا: كلمة (ما) تستعمل للسؤال عن الذات، والسؤال عن الصفات، فمتى

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ١٢٤)، والبحر الرائق لابن نجيم (٤/ ٣٤٢).

(٢) في الأصل: (أي: يحنث)، والمثبت من النسخة الثالثة، وهو الموافق لما تقدم في المتن.

(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

السُّؤَالِ، فَيَنصَرِفُ إِلَى الغَدَاءِ المَدعُوِّ إِلَيهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: إن تَغَدَّيتُ اليَومَ، لِأَنَّهُ زَادَ عَلَى حَرفِ الجَوَابِ فَيُجعَلُ مُبتدِئًا.

(وَمَن حَلَفَ لَا يَركَبُ دَابَّةَ فُلَان، فَرَكِبَ دَابَّةَ عَبد مَأذُون لَهُ مَديُون، أَو غَيرِ مَديُون لَم يَحنَث) عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، ....

استعمل في مقام السؤال فاشتبه على موسى عليه السلام أن السؤال وقع عن الصفة أو عن الذات فجمع بينهما ليكون مجيبًا على كل حال، إليه أشير في الفوائد الظهيرية(١).

قوله: (ومن حلف لا يركب) إلى آخره، والمراد: من دابة فلان فرسه، وحماره، وبغله، حتى لو ركب بعيره وفيله لم يحنث، والقياس أن يحنث؛ لأن اسم الدابة يتناولهما حقيقةً وحكمًا فإن الدابة ما يدب على الأرض، وقد عقد يمينه على فعل الركوب، فيتناول ما يركبُ من الدواب في غالب البلدان وهو الخيل، والبغال، والحمير، يؤيده قوله تعالى: ﴿وَٱلۡخَيۡلَ وَٱلۡبِغَالَ وَٱلۡحَمِيرَ لِتَرۡكَبُوهَا﴾ [النحل:٨] [٥٥٢/أ] فمنَّ بالركوب فيها، وفي الأنعام بالأكل بقوله تعالى: ﴿وَٱلۡأَنۡعَٰمَ خَلَقَهَاۗ لَكُمۡ﴾ [النحل:٥]، والفيل والبعير وإن كان يركب في بعض الأوقات فذلك لا يدل على أن اليمين تتناوله.

ألا ترى أن البقر والجاموس يركب أيضًا في بعض المواضع، ثم لا يفهم أحدٌ من قول القائل: لا يركب دابة فلان: البقر، إلا أن ينوي جميع ذلك فيقع على ما نوى حقيقة كلامه، وفيد تشديد عليه.

ولو نوى الخيل وحدها لم يدين لا قضاءً ولا ديانة؛ لأن في لفظه فعل الركوب لا المركب، ونية التخصيص تصحُ في الملفظ لا فيما لا لفظ له. كذا في المبسوط(٢).

وقوله: (وإن نواه)(٣) هذا استثناء من مقدّر غير ملفوظ فإنه لمّا ذكر قبله: **(فركب دابة عبد مأذون له مديون أو غير مديون لم يحنث عند أبي حنيفة)**، وقدر

(١) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٥/ ١١٤)، والبناية شرح الهداية للعيني (٦/ ١٦٤).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٣)، وفيه: (ونية التخصيص تصح في الملفوظ دون ما لا لفظ له).
(٣) انظر المتن ص ٨٩٢.

إِلَّا أَنَّهُ إِذَا كَانَ عَلَيهِ دَينٌ مُستَغرِقٌ: لَا يَحنَثُ، وَإِنَّ نَوَى، لِأَنَّهُ لَا مِلكَ لِلمَولَى فِيهِ عِندَهُ، وَإِن كَانَ الدَّينُ غَيرَ مُستَغرِق أَو لَم يَكُن عَلَيهِ دَينٌ لَا يَحنَثُ مَا لَم يَنوِهِ، لِأَنَّ المِلكَ فِيهِ لِلمَولَى، لَكِنَّهُ يُضَافُ إِلَى العَبدِ عُرفًا، وَكَذَا شَرعًا قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَن بَاعَ عَبدًا وَلَهُ مَالٌ فَهُوَ لِلبَائِعِ» الحَدِيثَ، فَتَختَلُّ الإِضَافَةُ إِلَى المَولَى فَلَا بُدَّ مِن النِّيَّةِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: فِي الوُجُوهِ كُلِّهَا: يَحنَثُ إِذَا نَوَاهُ لِاختِلَالِ الإِضَافَةِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَحنَثُ وَإِن لَم يَنوِهِ لِاعتِبَارِ حَقِيقَةِ المِلكِ، إِذ الدَّينُ لَا يَمنَعُ وُقُوعَهُ لِلسَّيِّدِ عِندَهُمَا(*).

فيه هذا لم ينو، وأما إذا نوى ركوب دابة العبد يحنث حينئذٍ بركوب دابة العبد.

(إلا أنه إذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وإن نوى لأنه لا مِلك للمولى فيه)؛ أي: في كسب المستغرق بالدين، **(عنده)**؛ أي: عند أبي حنيفة، حتى لو أعتق المولى عبد عبده لا يعتق عنده. [**قوله**][1]: **(الحديث)**، وتمامه: «**فمالُه لمولاه**»، وفي بعض الروايات: «**فهو لبائعه**»[2].

(وقال أبو يوسف: في الوجوه كلها)؛ أي: الأوجه الثلاثة، وهي ما إذا لم يكن عليه دين، أو دين غير مستغرق.

(لاختلال الإضافة)، يعني وإن كان دينه لا يمنع وقوع الملك للمولى في كسبه إلا أنه يحيل الإضافة إلى المولى، ويضاف إلى العبد أيضًا فلا يدخل تحت مطلق الإضافة إلا بالنية، ذكره في جامع قاضي خان، والفوائد الظهيرية[3].

(وقال محمد: يحنث)؛ أي: في الوجوه الخمسة، وهي ما إذا لم يكن عليه دين، أو كان غير مستغرق، أو مستغرق نوى أو لا، وبقوله قال الشافعي وأحمد ومالك، إلا أن دابته مملوك له فوجب أن يحنث؛ لأن ما في يده لمولاه بالحديث.

ولو ركب دابة مكاتبه لا يحنث في قولهم جميعًا، ولو قال: أعتقت عبيدي، وله عبيد عبد فهو على هذا الخلاف.

(*) **الراجح**: قول أبي حنيفة.

(١) في الأصل بياض مقدار كلمة أو كلمتين، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) تقدم تخريجه قريبًا.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٤/ ٧٣)، والعناية شرح الهداية للبابرتي (٥/ ١١٥).

بَابُ اليَمِينِ فِي الأَكلِ وَالشُّربِ

قَالَ: (وَمَن حَلَفَ لَا يَأكُلُ مِن هَذِهِ النَّخلَةِ، فَهُوَ عَلَى ثَمرِهَا) لِأَنَّهُ أَضَافَ اليَمِينَ

باب [اليمين](١) في الأكل والشرب

لما ذكر أول حاجة الإنسان وهو المسكن ذكر بعده ما يحتاج إليه في حالة البقاء وهو الأكل والشرب.

الأصل أن الأكل ايصال شيء إلى جوفه مما يتأتى فيه المضغ والهشم مهشومًا ممضوغًا، أو غير ممضوغ.

والشرب: إيصال الشيء إلى جوفه مما لا يتأتى فيه المضغ والهشم.

والذوق: معرفة الشيء بفيه من غير إدخال عينه، وإن الحقيقة تترك بدلالة حال المتكلم، كما في يمين الفور، وبدلالة محل الكلام، وبدلالة اللفظ في نفسه، وبدلالة العادة.

وذكر الزندويستي: الأكل والشرب عبارة عن عمل الشفاة والحلق، والذوق عبارة عن عمل الشفاه دون الحلق، والابتلاع عبارة عن عمل الحلق دون الشفاة، والمصّ عبارَة عن عمل اللهاة خاصة، فعلى هذا لو حلف لا يأكل شيئًا فابتلع ما في فيه؛ لا يحنث(٢).

ولكن ذكر في فتاوى أبي الليث مسألة تدل على الحنث: ولو حلف لا يأكل رُمانًا فجعل يمضغه ويرمي بتفله ويبتلع ماءه لم يحنث؛ لأن هذا يسمى مصًّا لا أكلًا ولا شربًا، ولو حلف لا يأكل هذا اللبن فشربه لم يحنث، ويحنث إذا برد فيه، ولو حلف لا يشرب فترد فيه فأكله؛ لا يحنث قالوا: هذا إذا كانت اليمينُ بالعربية، أما إذا كانت بالفارسية فأكل أو شرب يحنث، وعليه الفتوى كذا في الذخيرة، وفتاوى قاضي خان(٣).

قوله: (**فهو**)؛ أي: اليمين (**على ثمرها**)، حتى لو كانت النخلة شيئًا فأكل من ثمرها يقع على ثمنها، ذكره في الفوائد الحميدية.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة. فِي الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ

(٢) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٦/ ١٦٦)، وفتح القدير لابن الهمام (٥/ ١١٧).

(٣) فتاوى قاضي خان (٢/ ٢٧).

إِلَى مَا لَا يُؤكَلُ فَيَنصَرِفُ إِلَى مَا يَخرُجُ مِنهُ وَهُوَ الثَّمرُ، لِأَنَّهُ سَبَبٌ لَهُ فَيَصلُحُ مَجَازًا عَنهُ، لَكِنَّ الشَّرطَ أَن لَا يَتَغَيَّرَ بِصُنعِهِ جَدِيدَة حَتَّى لَا يَحنَثَ بِالنَّبِيذِ وَالخَلِّ وَالدِّبسِ المَطبُوخِ.

(وَإِن حَلَفَ لَا يَأكُلُ مِن هَذَا البُسرِ، فَصَارَ رُطَبًا فَأَكَلَهُ لَم يَحنَث. وَكَذَا إِذَا حَلَفَ لَا يَأكُلُ مِن هَذَا الرُّطَبِ، أَو مِن هَذَا اللَّبَنِ، فَصَارَ تَمرًا، أَو صَارَ اللَّبَنُ

وفي الذخيرة: حلف لا يأكل من هذه النخلة شيئًا فأكل من ثمرها، أو طلعها، أو بُسرها، أو دبسها؛ حنث، وبه قال الشافعي وأحمد.

ثم قال: وأراد من الدبس ما يسيل من الرُّطب.

وإذا اتخذ من الدبس ناطفًا أو نبيذًا لا يحنث؛ لأن يمينه ينصرف إلى ما يخرج من النخلة، والنبيذ والناطف لم يخرجا منها.

وكذا لو قال: من هذا الكرم، فأكل من عنبه، أو زبيبه، أو عصيره حنث؛ لأن هذه الأشياء خارجة من الكرم، أما لو أكل من خله لا يحنث؛ لأنه ليس بخارج منه بهذه الصفة.

وقيد الدبس بالمطبوخ - وإن كان الدبس لا يكون إلا مطبوخًا - لما أن(١) الدبس يُطلق على ما يسيل من النخلة وغيرها، كما ذكر في الذخيرة.

فكل ما [٥٥٢/ب] يتغير بصنعه جديدة من ذلك الثمر ليس ذلك الثمر، قال تعالى: ﴿لِيَأْكُلُوا مِن ثَمَرِهِ وَمَا عَمِلَتْهُ أَيْدِيهِمْ﴾ [يس: ٣٥]، فالله تعالى عطف ما عملته أيديهم على الثمر، والعطف يقتضي المغايرة.

قوله: (حلف لا يأكل من هذا اللبن)، المراد من اللبن الصغراط والشيراز هو اللبن الرائب؛ أي: الخاثر إذا استخرج ماؤه حتى صار الصغراط كالفالوذج(٢) الخاثر، وقال الشافعي: بأكل الشيراز يحنث، وبعض أصحابه توقف في الشيراز؛ لأن له اسمًا آخر(٣).

الأصل في هذه المسائل عندنا أن كل صفة داعية إلى اليمين تعتبر في

---

(١) وقع في الأصل تكرار للجملة الأخيرة، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٢) في الأصل: (كالفالوج)، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٣) انظر: حلية العلماء للشاشي (٧/ ٢٧١)، والبيان للعمراني (١٠/ ٩٣٥).

شِيرَازًا: لَم يَحنَث) لِأَنَّ صِفَةَ البُسُورَةِ وَالرُّطُوبَةِ دَاعِيَةٌ إِلَى اليَمِينِ، وَكَذَا كَونُهُ لَبنا فَيَتَقَيَّدُ بِهِ، وَلِأَنَّ اللَّبَنَ مَأكُولٌ فَلَا يَنصَرِفُ اليَمِينُ إِلَى مَا يُتَّخَذُ مِنهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ هَذَا الصَّبِيَّ أَو هَذَا الشَّابَّ فَكَلَّمَهُ بَعدَمَا شَاخَ، لِأَنَّ هِجرَانَ المُسلِمِ بِمَنعِ الكَلَامِ مَنهِيٌّ عَنهُ، فَلَم يُعتَبَرِ الدَّاعِي دَاعِيا فِي الشَّرعِ.

(وَلَو حَلَفَ لَا يَأكُلُ لَحمَ هَذَا الحَمَلِ، فَأَكَلَ بَعدَمَا صَارَ كَبشًا حَنِثَ) لِأَنَّ صِفَةَ الصِّغَرِ فِي هَذَا لَيسَت بِدَاعِيَةٍ إِلَى اليَمِينِ، فَإِنَّ المُمتَنِعَ عَنهُ أَكثَرُ امتِنَاعًا عَن لَحمِ الكَبشِ.

[المعرَّف والمنكَّر، وما لا يكون داعية إلى اليمين يعتبر في][1] المنكَّر لا المعرَّف كما بُيِّن في الأصول.

وللشافعي في هذا وجهان: أنه لا يحنث بزوال هذه الصفة سواء كانت إلى اليمين أو لا في المعرَّف[2]، وبه قال أحمد، والثاني: يحنث، كما قال[3] في الحمل والصبي.

(فَيَتَقَيَّدُ به)؛ أي: بكونه لبنًا، وإن كانت الصفة في الحاضر لغو؛ لأنها داعية إلى اليمين.

(إلى ما يتخذ منه)؛ أي: ما يصنع منه كالأَقِطِ، والجُبْنِ، ذكره في المبسوط[4].

وفي كتب الشافعي: كالجبن، والزبد، والسمن، والأقط، والمصل؛ أي: لا يحنث عنده أيضًا، وبه قال أحمد.

قوله: (**لأن هجران المسلم**) إلى آخره، وفي جامع فخر الإسلام: الشرع أمرنا بتحمل أخلاق الصبيان والنصح لهم فبطل الداعي بدليل شرعي؛ بخلاف قوله: (**لا يأكل من هذا الرطب**)[5]؛ لأنه لا حجرَ شرعًا عن هجران هذه

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.
(٢) في الأصل: (المغرب)، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٣) كذا في الأصل، وفي النسخة الثالثة: (كما قلنا).
(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (٨/ ١٨٢).
(٥) انظر المتن ص ٨٩٤.

قَالَ: (وَمَن حَلَفَ لَا يَأْكُلُ بُسرًا فَأَكَلَ رُطَبًا لَم يَحنَث) لِأَنَّهُ لَيسَ بِبُسر.

(وَمَن حَلَفَ لَا يَأْكُلُ رُطَبًا أَو بُسرًا أَو حَلَفَ لَا يَأْكُلُ رُطَبًا، وَلَا بُسرًا، فَأَكَلَ مُذَنِّبًا حَنِثَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يَحنَثُ فِي الرُّطَبِ)[*] يَعنِي بِالبُسرِ المُذَنِّبِ وَلَا فِي البُسرِ بِالرُّطَبِ المُذَنِّبِ، لِأَنَّ الرُّطَبَ المُذَنِّبَ يُسَمَّى رُطَبًا، وَالبُسرَ المُذَنِّبَ يُسَمَّى بُسرًا، فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ اليَمِينُ عَلَى الشِّرَاءِ. وَلَهُ: أَنَّ الرُّطَبَ المُذَنِّبَ مَا يَكُونُ فِي ذَنَبِهِ قَلِيلُ بُسر، وَالبُسرَ المُذَنِّبَ عَلَى عَكسِهِ، ....

الرطوبة أو الرغبة فيها فوجب تقييد اليمين به.

فإن قيل: التعليل بكون الهجران حرامًا كيف يصح فإن اليمين ينعقد على الحرام المحض، كما لو حلف ليشربَنَّ الخمر الليلة أو اليوم عندنا؟

قلنا: النهي الشرعي [يصلح][1] دليلًا على ترك الحقيقة فيما إذا كان مجاز للكلام حملًا لأمر المسلم على الصلاح، أما إذا عقد يمينه على الحرام قصدًا فينعقد.

وفي حمل الكلام على المجاز في قوله: (**لا أكلم هذا الصبي**)[2] أبحاث كثيرة في بيان الوصول.

قوله: (**فأكل رطبًا لم يحنث**)؛ لأنه ليس ببسرٍ، ولا خلاف للأئمة الثلاثة، وكذا (**لو حلف لا يأكل رُطبًا**) فأكل بسرًا؛ لم يحنث أيضًا بإجماع الأئمة؛ لأن البسر غير الرطب.

قوله: (**فأكل بُسْرًا مُذَنِّبًا**)، يقال: بسر مذنب - بكسر النون - إذا بدا الإرطاب من قبل ذنبه، وهو ما سفل من جانب القمع والعلامة، ذكره في المغرب[3].

(حنث عندهما)؛ أي: عند أبي حنيفة ومحمد، وهو موافق لعامة نسخ أصحابنا كشروح الجامعين، والمبسوط، والإيضاح، والمنظومة، والأسرار

(*) **الراجح**: قول أبي حنيفة.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

(٢) انظر المتن ص ٨٩٥.

(٣) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ١٧٨).

فَيَكُونُ آكِلُهُ آكِلَ البُسرِ وَالرُّطَبِ، وَكُلُّ وَاحِد مَقصُودٌ فِي الأَكلِ بِخِلَافِ الشِّرَاءِ، لِأَنَّهُ يُصَادِفُ الجُملَةَ فَيَتبَعُ القَلِيلُ فِيهِ الكَثِيرَ .(وَلَو حَلَفَ لَا يَشتَرِي رُطَبًا، فَاشتَرَى كِبَاسَةَ بُسرٍ فِيهَا رُطَبٌ لَا يَحنَثُ) لِأَنَّ الشِّرَاءَ يُصَادِفُ الجُملَةَ وَالمَغلُوبَ تَابِعٌ (وَلَو كَانَت اليَمِينُ عَلَى الأَكلِ يَحنَثُ) لِأَنَّ الأَكلَ يُصَادِفُهُ شَيئا فَشَيئًا، فَكَانَ كُلٌّ مِنهُمَا مَقصُودًا، وَصَارَ كَمَا إِذَا حَلَفَ لَا يَشتَرِي شَعِيرًا أَو لَا يَأكُلُهُ، فَاشتَرَى حِنطَة فِيهَا حَبَّاتُ شَعِير وَأَكَلَهَا، يَحنَثُ فِي الأَكلِ دُونَ الشِّرَاءِ لِمَا قُلنَا.

وغيرها، وفي عامة نسخ الهداية قول محمد مع أبي يوسف، وفي النهاية: والله أعلم بصحته.

وفي الكافي: هكذا ذكر في الهداية، ولكن النسخ المعتبرة تشهد بأنه مع أبي حنيفة، وبقولهما قال الشافعي وأحمد، وبقول أبي يوسف قال الإِصْطَخْرِي وأبو علي من أصحاب الشافعي.

فالحاصل أن أبا يوسف اعتبر الغالب؛ إذِ المغلوب في مقابلته كالمعدوم عُرفًا؛ لأن عامة رطب يسمى رطبًا عُرفًا لا بسرًا، وكذا العكس وشرعًا؛ إذِ العبرة للغالب في الأحكام الشرعية كما في الرضاع وغيره، وكما لو حلف لا يشتري رطبًا فاشترى بسرًا مُذنبًا لا يحنث.

قوله: (فيكون آكله)؛ أي: أكل المُذَنِّب كأكل البسر أو الرطب وهو المحلوف؛ لأنه أكل المحلوف عليه وزيادة فيحنث؛ ولهذا لو ميزه وأكله يحنث بالإجماع، فكذا إذا أكله مع غيره.

فإن قيل: لو حلف لا يشربُ هذا اللبن فصب فيه ماء - والماء غالبٌ - فشرب لا يحنث وإن شرب المحلوفَ مع زيادة.

قلنا: اللبن بانصباب الماء يشيع ويميع في جميع أجزاء الماء فيصير مستهلكًا حتى لا يُرَى مكانه، وههنا يُرَى مكانه فكان قائمًا زمان التناوُل.

فإن قيل: الحِنث يكون بالمضغ والابتلاع، وعند ذلك يصير مستهلكًا ولا يرى مكانه؛ ألا ترى أنه لو حلف لا يأكل حنطة فأكل شعيرًا فيها حبات حنطة إن أكل حبة حبة حنث، وإن جمع بين الحبات من النوعين في الأكل لا يحنث؛ لأنها تصير مستهلكة عنده.

قال: (وَمَن حَلَفَ لَا يَأْكُلُ لَحمًا فَأَكَلَ لَحمَ السَّمَكِ لَا يَحنَثُ) وَالقِيَاسُ: أَن يَحنَثَ،

قلنا: نعم، ولكن مع الاستهلاك ثَمَّ أوضح؛ لأنه حينئذٍ لا يجدُ من طعم الحنطة شيئًا في حلقه، بخلاف ما لو أكل بسرًا مذنبًا فإنه يجد في حلقه شيئًا من حموضته؛ أي: البسر وحلاوة الرطب، ولأن البسر والرطب جنس واحد، ومن أصل أبي يوسف أن المغلوب يصيرُ مستهلكًا بالغالب وإن اتحد الجنس، وعندهما في الجنس لا يكون الأقل مستهلكًا فيعتبر كل واحدٍ منهما.

وفي [٥٥٣/أ] الجنس المختلف يعتبر الغالب وقد مرَّ في الرضاع الكناسة (سر خرما).

وفي الكافي: حلف لا يشتري صوفًا، أو لبنًا، أو رطبًا، أو شعيرًا، أو قصبًا، أو شعرًا، فاشترى شاة لها صوف أو لبن، [أو][1] كناسة بسر فيها رطب، أو برًا فيها حبات شعير، أو بوريًّا أو مسحًا لا يحنث؛ لأن الشراء معتبر بالبيع لكونه بناء عليه فكل من يسمى بائعًا لشيء يسمى مشتريًا لذلك الشيء، وإلا لا.

ولا يسمَّى بائع هذه الأشياء بائع المحلوف عليه عرفًا، فمشتريه يكون كذلك.

ولو عقد اليمين على المس في الوجوه كلها يحنث؛ لأن الحقيقة تركت في الشراء للعُرف ولا عرف في المس، فتعتبر الحقيقة، بخلاف القطن والكتان، فإنه لو حلف لا يمس قطنًا أو كتانًا فمسَّ ثوبًا اتخذ من قطن أو كتان لا يحنث فيهما؛ لأن المحل تغير بالصنعة وصار شيئًا آخر فلم يوجَد مس ما تناوله الاسم حقيقة، والأكل كالمس فيحنث في مسألة الرطب والشعير في الأكل؛ لأن الأكل يصادف شيئًا فشيئًا فكأن كل منهما مقصودًا، بخلاف الشراء؛ لأنه يصادف الجملة فيعتبر الغالب وصار المغلوب تبعًا له.

قوله: (فأكل لحم السمك)، وهو ظاهر مذهب الشافعي وأحمد، **(والقياس أن يحنث)**، وهو قول مالك وأحمد في رواية، وبعض أصحاب الشافعي.

---

(١) في الأصل: (لها)، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

لِأَنَّهُ يُسَمَّى لَحمًا فِي القُرآنِ. وَجهُ الِاستِحسَانِ: أَنَّ التَّسمِيَةَ مَجَازِيَّةٌ، لِأَنَّ اللَّحمَ مَنشَؤُهُ مِن الدَّمِ وَلَا دَمَ فِيهِ لِسُكُونِهِ فِي المَاءِ (وَإِن أَكَلَ لَحمَ خِنزِير أَو لَحمَ إِنسَان يَحنَثُ) لِأَنَّهُ لَحمٌ حَقِيقِيٌّ، إِلَّا أَنَّهُ حَرَامٌ. وَاليَمِينُ قَد تُعقَدُ لِلمَنعِ مِن الحَرَامِ (وَكَذَا إِذَا

(**لأنه يسمى لحمًا في القرآن**)، قال تعالى: ﴿لَحۡمٗا طَرِيّٗا﴾ [النحل:١٤]، والمراد لحم السمك بالإجماع.

وقلنا: تسميته لحمًا مجاز؛ لأن اللحم ينشأ من الدم، ولحمه لا ينشأ من الدم؛ إذِ الدموي لا يسكن الماء؛ ولهذه يباح بلا زكاة، ولو كان له دم لما أبيح، ومطلق اسم اللحم يتناول الكامل لا القاصر، فخرج عن مطلقه بدلالة اللفظ، ومبنى الأيمان على العُرف لا على [ألفاظ][1] القرآن كما بينّا؛ ولهذا لو حلف لا يركب دابة فركب كافرًا لا يحنث بالإجماع وإن سمَّاه في القرآن دابة، والعرف معنا فإنه لا يسمَّى بائعه لحَّامًا، ولا يستعمل استعمال اللحوم في المباحات إلا أن ينوي فحينئذٍ يعتبر؛ لأنه لحم من وجه وفيه تشديد عليه، والمسألة مستقصاة في الأصول.

قوله: (**وإن أكل لحم خنزير أو لحم إنسان يحنث**)، وبه قال الشافعي في وجه، وأحمد ومالك؛ لأنه لحم حقيقة وإن كان حرامًا كالمغصوبة، ولا يقال: الكفارة فيها معنى العبادة فكيف تجب بالحرام المحض؟ لأنا نقول: الحل والحرمة تراعى في السبب لا في الشرط، وسبب وجوب الكفارة اليمين لا الحنث، وإنما لا يجوز به التكفير قبل الحنث ليكون اليمين موصوفًا بالإباحة والحظر، وأصل اليمين مباح والحنث حرام، كذا قيل.

وقال الشافعي في وجه: لا يحنث، وبه قال أشهب المالكي؛ لأن اليمين يقع على المعتاد، وهكذا قال الزاهد العتابي من أصحابنا فلا يحنث، وعليه الفتوى ذكره في الكافي، ولو أكل كبدًا أو كرشًا أو طحالًا أو رئة يحنث أيضًا، وبه قال الشافعي في وجه وقال في الأصح: لا يحنث، وبه قال أحمد؛ لأن هذه الأشياء تفرد باسم آخر فلا تسمى لحمًا عرفًا إلا أن ينوي فيحنث؛ لأن فيه

---

(١) في الأصل: (اللفظ)، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

أَكَلَ كَبِدًا أَو كِرشًا) لِأَنَّهُ لَحمٌ حَقِيقَة، فَإِنَّ نُمُوَّهُ مِن الدَّمِ وَيُستَعمَلُ استِعمَالَ اللَّحمِ. وَقِيلَ: فِي عُرفِنَا لَا يَحنَثُ لِأَنَّهُ لَا يُعَدُّ لَحمًا.

قال: (وَلَو حَلَفَ لَا يَأكُلُ أَو لَا يَشتَرِي شَحمًا، لَم يَحنَث إِلَّا فِي شَحمِ البَطنِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ . ...

تشديد على نفسه. **قوله**: (**وقيل في عُرفنا**)، قال صاحبُ المحيط: هذا في عُرف أهل الكوفة، وفي عرفنا لا يحنث؛ لأنه لا يعد لحمًا ولا يستعمل استعمال اللحوم(١).

وفي المحيط: لو أكل اللحم النيء، قيل: يحنث، وبه قال الشافعي وأحمد، وقيل: لا يحنث، وبه قال مالك ولو أكل الرأس والأكارع، وبه قال الشافعي في الأصح وأحمد في رواية(٢).

وبأكل القلب يحنث عندنا، وبه قال الشافعي في وجه؛ ولهذا قال عليه السلام: «**إن في الجسد لمضغة**»(٣) والمضغة القطعة من اللحم، وقال الشافعي في الأصح: لا يحنث لما ذكرنا.

وبأكل اللحم والألية لا يحنث في اليمين إلا إذا نواه في اليمين باللحم، وبه قال الشافعي في الأصح وأحمد.

وبأكل شحم الظهر يحنث، وبه قال الشافعي في الأصح، ومالك، وفي وجه: لا يحنث، وبه قال أحمد؛ لأنه تفرد باسم آخر، وقال تعالى: ﴿حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَآ إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَآ﴾ [الأنعام:١٤٦].

قوله: (**إلا في شحم البطن عند أبي حنيفة**)، حتى لو أكل شحم الظهر - وهو الذي خالطه لحم - لم يحنث عنده، وهو الصحيح.

وقال الطحاوي: قول محمد مثل قول أبي حنيفة.

وبقول أبي حنيفة قال الشافعي في الأصح ومالك.

---

(١) المحيط البرهاني لابن مازة (٤/ ٢٨٣).
(٢) المحيط البرهاني لابن مازة (٤/ ٢٨٢).
(٣) أخرجه البخاري (١/ ٢٠ رقم ٥٢)، ومسلم (٣/ ١٢١٩ رقم ١٥٩٩) من النعمان بن بشير حديث رضي الله عنهما.

وَقَالَا: يَحنَثُ فِي شَحمِ الظَّهرِ أَيضًا)(*) وَهُوَ اللَّحمُ السَّمِينُ لِوُجُودِ خَاصِّيَّةِ الشَّحمِ فِيهِ، وَهُوَ الذَّوبُ بِالنَّارِ. وَلَهُ: أَنَّهُ لَحمٌ حَقِيقَة؛ أَلَا تَرَاهُ أَنَّهُ يَنشَأُ مِن الدَّمِ وَيُستَعمَلُ استِعمَالَهُ وَتَحصُلُ بِهِ قُوَّتُهُ، وَلِهَذَا يَحنَثُ بِأَكلِهِ فِي اليَمِينِ عَلَى أَكلِ اللَّحمِ، وَلَا

وقال أبو يوسف ومحمد: (**يحنث في شحم الظهير أيضًا**)، وبه قال الشافعي في وجه، وأحمد في رواية (**لوجود خاصيَّة الشحم فيه وهو الذوب بالنار**)، ويصلح لما يصلح له شحم البطن فكان كشحم البطن؛ ألا ترى [٥٥٣/ب] أنه تعالى استثنى [شحم الظهر بقوله: ﴿إِلَّا مَا حَمَلَتۡ ظُهُورُهُمَآ﴾ [الأنعام:١٤٦]، والأصل أن المستثنى أن يكون من جنس المستثنى](١) منه.

(**وله**)؛ أي: لأبي حنيفة (**أنه لحم حقيقة**) وعرفًا، (**ألا ترى أنه ينشأ من الدم، ويستعمل استعماله**) في المباحات، وله قوة اللحم، واسم الشحم لا يقع على اللحم السمين؛ ولهذا لو حلف لا يأكل لحمًا فأكله حنث، ويقال له بالعربية: اللحم السمين، وبالفارسية: (فربهي لابيه)، وأما الاستثناء فمنقطع بدليل استثناء الحوايا بقوله تعالى: ﴿أَوِ ٱلۡحَوَايَآ أَوۡ مَا ٱخۡتَلَطَ بِعَظۡمٖۚ﴾ [الأنعام:١٤٦] الآية.

ولو قيل: المراد ما حملته الحوايا.

قلنا: ذاك إضمارٌ، وهو خلاف الأصل [والانقطاع](٢) في الاستثناء وإن كان خلاف الأصل لكنه يثبتُ بالدليل وهو قوله تعالى: ﴿أَوۡ مَا ٱخۡتَلَطَ بِعَظۡمٖۚ﴾ الآية؛ لأن أحدًا لم يقل بأن مخ العظم شحم، كذا في جامع السرخسي.

وفي الذخيرة: والصحيحُ قول أبي حنيفة.

وفي الكافي: فصارت الشحوم أربعة: شحم الظهر، وشحم مختلط بالعظم، وشحم على ظاهر الأمعاء، وشحم البطن، وفي شحم البطن يحنث بالاتفاق، [والثلاثة على الاختلاف.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

(٢) في الأصل: (والإيقاع)، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

يَحنَثُ بِبَيعِهِ فِي اليَمِينِ عَلَى بَيعِ الشَّحمِ، وَقِيلَ: هَذَا بِالعَرَبِيَّةِ، فَأَمَّا اسمُ «بِيه» بِالفَارِسِيَّةِ لَا يَقَعُ عَلَى شَحمِ الظَّهرِ بِحَال.

(وَلَو حَلَفَ لَا يَشتَرِي، أَو لَا يَأكُلُ لَحمًا أَو شَحمًا، فَاشتَرَى إِليَة أَو أَكَلَهَا لَم يَحنَث) لِأَنَّهُ نَوعٌ ثَالِثٌ، حَتَّى لَا يُستَعمَلَ استِعمَالَ اللُّحُومِ وَالشُّحُومِ.

(وَمَن حَلَفَ لَا يَأكُلُ مِن هَذِهِ الحِنطَةِ لَم يَحنَث حَتَّى يَقضِمَهَا، وَلَو أَكَلَ مِن

ولو كانت يمينه على الشراء لم يحنث بالاتفاق، ونقل هو على الخلاف أيضًا.

وفي جامع قاضي خان: اختلف المشايخ في محل الخلاف، قيل: محل الخلاف في اللحم السمين على الظهر، وقيل في الشحم المتصل بالظهر من داخل، فإن كان الخلاف في اللحم السمين فكلام أبي حنيفة أظهر، وإن كان الخلاف في الشحم المتصل بالظهر فكلامهما أظهر.

وقال الإمام السرخسي: لا يحنث بشحم الظهر في قولهم جميعًا.

قوله: (وقيل هذا)، أي هذا الاختلاف **(بالعربية)**، وفي المحيط: هذا الاختلاف في عرفهم، أما في لسان الفارسية الشحم لا يقع على شحم الظهر، حتى لو عزله فأكله قالوا: لا يحنث.

قوله: (لأنه)، أي: الألية على تأويل المذكور **(نوع ثالث)**، وبه قال بعض أصحاب الشافعي، وقال بعض أصحابه: هي لحم فيحنث بيمين اللحم دون الشحم، وقال بعض أصحابه: هو شحم فيحنث بيمين الشحم لا اللحم، وبه قال أحمد.

وفي المحيط: حلف لا يأكل لحم شاة فأكل لحم عنز يحنث، وذكر أبو الليث: لا يحنث سواء كان الحالف مصريًّا أو قرويًّا، وعليه الفتوى.

حلف لا يأكل لحم بقرة فأكل لحم الجاموس، لا يحنث.

قوله: (من هذه الحنطة)، - وفي الكافي: ولا نية له - فأكل من خبزها وسويقها لم يحنث عند أبي حنيفة، وكذا من دقيقها، حتى يقضمها، وبه قال الشافعي، ومالك.

خُبزِهَا لَم يَحنَث عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: إن أَكَلَ مِن خُبزِهَا حَنِثَ أَيضًا) لِأَنَّهُ مَفهُومٌ مِنهُ عُرفًا. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ لَهُ حَقِيقَةً مُستَعمَلَة، فَإِنَّهَا تُقلَى وَتُغلَى وَتُؤكَلُ قَضمًا، وَهِيَ قَاضِيَةٌ عَلَى المَجَازِ المُتَعَارَفِ عَلَى مَا هُوَ الأَصلُ عِندَهُ. وَلَو قَضَمَهَا حَنِثَ عِندَهُمَا هُوَ الصَّحِيحُ لِعُمُومِ المَجَازِ، كَمَا إِذَا حَلَفَ لَا يَضَعُ قَدَمَهُ فِي دَارِ فُلَان. وَإِلَيهِ الإِشَارَةُ بِقَولِهِ فِي الخُبزِ «حَنِثَ أَيضًا».

القضم الأكل بأطراف الأسنان من باب ليس، ذكره في المغرب[1].

وعندهما يحنث بأكل خبزها، وبه قال أحمد، ومالك في رواية.

وبأكل سويقها يحنث عند محمد، ولا يحنث عند أبي يوسف، محمد اعتبر عموم المجاز، وأبو يوسف العرف، ولا عرف في السويق.

ولو قضمها يحنث عند الكل إلا عند أحمد.

وإنما وضع المسألة في الحنطة المعينة لأنه لو عقد يمينه على حنطة غير معينة ينبغي أن يكون جوابه كجوابهما، ذكره شيخ الإسلام في أيمان الأصل، كذا في الذخيرة، والفوائد الظهيرية.

ثم هذا الخلاف إذا لم يكن له نية، فأما إذا نوى فيمينه على ما نوى بالاتفاق][2]، ذكره في المبسوط[3]، والذخيرة.

فأبو حنيفة اعتبر الحقيقة المُستعملة وعينها وكل فيصرف اليمين عليها، كمن حلف لا يأكل هذا الثمر فأكل عصيدة اتخذت منه، أو من هذه البقرة، أو من هذه الشاة فأكل من لبنهما، أو سمنهما، أو زبدهما، أو من هذه البيضة فأكل من فرخها؛ لم يحنث بالاتفاق، ذكره التمرتاشي.

وهما اعتبرَا عموم المجاز والعُرف، والمسألة مُستقصَاة في الأصول.

وقوله: (**هو الصحيح**) احتراز عما ذكر في المبسوط أنه لو قضمها - بكسر الضاد -لا يحنث عندهما، ورجح في الذخيرة والفوائد الظهيرية رواية

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٣٨٧).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٨/ ١٨١).

قال: (وَلَو حَلَفَ لَا يَأكُلُ مِن هَذَا الدَّقِيقِ، فَأَكَلَ مِن خُبزِهِ حَنِثَ) لِأَنَّ عَينَهُ غَيرُ مَأكُول فَانصَرَفَ إِلَى مَا يُتَّخَذُ مِنهُ (وَلَو استَفَّهُ كَمَا هُوَ لَا يَحنَثُ) هُوَ الصَّحِيحُ لِتَعَيُّنِ المَجَازِ مُرَادًا. (وَلَو حَلَفَ لَا يَأكُلُ خُبزًا، فَيَمِينُهُ عَلَى مَا يَعتَادُ أَهلُ المِصرِ أَكلَهُ

المبسوط، وفي رواية الجامع: يحنث، ورجحها شمس الأئمة في مبسوطه، وقاضي خان في جامعه كما ذكر في الكتاب.

وفي الذخيرة: حلف لا يأكلُ من هذه الحنطة فزرعها وأكل ما خرج منها لا يحنثُ بالاتفاق، وفي المحيط[1]: لو أكل النيء منها لا يحنث، وفي الأصول يحنث.

قوله: (فانصرف إلى ما يتخذ منه)؛ أي: من الدقيق، وكذا لو أكل عصيدته، وبه قال مالك وأحمد.

(وَلَوْ اسْتَفَّهُ)؛ أي: أكله - يقال: سفَّ الدواء والسويق، فكل شيء يابس أكله من باب ليس واستف السفوف بفتح السين، وهو كل دواء يؤخذ غير معجون، وقيل: السفوف دواء يوضع على كف ويؤكل من غير مضغ - لم يحنث، وبه قال أحمد.

قوله: (هو الصحيح) احتراز عما ذكر بعض مشايخنا أنه يحنث، وبه قال الشافعي فإن عند الشافعي لا يحنث بأكل خبزه؛ لأنه يأكل الدقيق حقيقة، فالعُرف وإن اعتبر فالحقيقة لا تسقط، ولو نوى الدقيق بعينه يأكل الخبز بالإجماع؛ لأنه نوى حقيقة كلامه.

والأصح أنه لا يحنث بعين الدقيق بغير النية؛ لأن هذه حقيقة مهجورة فتعين المجاز مرادًا، كمن قال لأجنبية: إن نكحتها فعبده حرٌّ، فزنى، لم يحنث؛ لأن يمينه انصرف إلى العقد فلم يتناول حقيقته وهو الوطء؛ لأنه مهجور، أما لو نوى يحنث؛ لأنه نوى حقيقة كلامه، كذا في المبسوط[2].

قوله: (عَلَى مَا يُعْتَادُ أَهْلُ المِصْرِ أَكْلَهُ)، وقال الشافعي: يحنث بأكل أي

---

(١) المحيط البرهاني لابن مازة (٤/ ٢٨٢).

(٢) المبسوط للسَّرَخسِي (٨/ ١٨١).

خُبزًا) وَذَلِكَ خُبزُ الحِنطَةِ وَالشَّعِيرِ، لِأَنَّهُ هُوَ المُعتَادُ فِي غَالِبِ البُلدَانِ (وَلَو أَكَلَ مِن خُبزِ القَطَائِفِ لَا يَحنَثُ) لِأَنَّهُ لَا يُسَمَّى خُبزًا مُطلَقًا، إِلَّا إِذَا نَوَاهُ، لِأَنَّهُ مُحتَمَلُ كَلَامِهِ (وَكَذَا لَو أَكَلَ خُبزَ الأُرزِ بِالعِرَاقِ لَم يَحنَث) لِأَنَّهُ غَيرُ مُعتَاد عِندَهُم حَتَّى لَو كَانَ بِطَبَرِستَانَ أَو فِي بَلدَة طَعَامُهُم ذَلِكَ يَحنَثُ.

خبز كان، ولم يفرق بين جنس وجنس، وبه قال مالك لاعتبار الحقيقة.

وفي شرح الوجيز: وهو المذهب، وما ذكر في الوجيز: ولم يحنث بخبز الأرز إلا بطبرستان وهي آمل وبلادها[1].

وفي الأنساب: سمعتُ القاضي أبا بكر الأنصاري ببغداد: إنما سُمِّي طبرستان وهي تبرستان؛ لأن أهلها كانوا يحاربون بها، يعني الفأس فعرب.

وقيل: طبرستان، والنسبة إليها طبري[2].

وفي الذخيرة: حلف لا يأكل خبزًا ولا نية فأكل كلّيجة[3] وجُوزَيْنَجًا[4]، أو نوالة بربدة، قال محمد بن سلمة: لا يحنث في الوجوه كلها؛ لأنها لا تسمَّى خبزًا مطلقًا.

وقال أبو الليث: لو أكل الكليجة والنوالة المقطوعة يحنث؛ لأن الكليجة خبز حقيقة وعُرفًا، واختصاصها باسم آخر للزيادة لا للنقصان فلا يمنع دخولها تحت مطلق الاسم، وأما النوالة فخبز ضمت إليها أشياء أخر.

---

(١) العزيز شرح الوجيز للرافعي (١٢/ ٢٩٤).
(٢) الأنساب للمسعاني (٩/ ٣٩).
(٣) جاء في تكملة المعاجم العربية لرينهارت دوزي (٩/ ١٢٦): كليجا (فارسية)، كُليجة أو كَليجة: خبز صغير معجون بالزبد.
وقد ذكرها ابن بطوطة في رحلته (١/ ٤٠٢)، وذلك أثناء زيارته لأمير خوارزمَى، وذكر أن مائدته فيها «الطعام من الدجاج المشوي، والكراكي، وأفراخ الحمام، وخبز معجون بالسمن يسمونه الكليجا، والكعك والحلوى».
وقد ذهب آخرون إلى أن أصل التسمية تركي، وبعض آخر إلى أنها كلمة عربية مُحرَّفة من كلمة "كيالجة" التي تعني المكيال.
(٤) قال نجم الدين النسفي: (ج وز ي ن ج): وإن حلف لا يأكل خبزا فأكل جُوزَيَنْجًا لم يحنث، هو فارسي معرب، وفارسيته: وَعِيَالَاتِهِمْ لِلاختصاصه باسم آخر. طلبة الطلبة (ص ٧٠).

(وَلَو حَلَفَ لَا يَأكُلُ الشِّوَاءَ، فَهُوَ عَلَى اللَّحمِ دُونَ البَاذِنجَانِ وَالجزَرِ) لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ اللَّحمُ المَشوِيُّ عِندَ الإِطلَاقِ، إِلَّا أَن يَنوِيَ مَا يُشوَى مِن بَيضٍ أَو غَيرِهِ لِمَكَانِ الحَقِيقَةِ.

(وَإِن حَلَفَ لَا يَأكُلُ الطَّبِيخَ، فَهُوَ عَلَى مَا يُطبَخُ مِن اللَّحمِ) وَهَذَا استِحسَانٌ

ولا يحنث بأكل الجُوزَيَنْج لأنه لا يسمَّى خبزًا، بل يسمى قطائف فيسمَّى خبزًا مقيدًا يقالُ: خبز الجُوزَيَنْج كما يقال بالفارسية: (نار زودالوا).

ولو حلف لا يأكل هذا الخبز فجففه ودقَّه ثم شربه بماء لم يحنث، وبه قال الشافعي؛ لأن هذا ليس بأكل، بل هو شرب، وهو الحيلة فيما لو قال: إن أكلتُ هذا الخبز فامرأته طالق، ينبغي أن يدقها وفيبلعها [٥٥٤/أ] في عصيدة ثم يأكلها، ويطبخ حتى يصير الخبز هالكًا فيأكل العصيدة ولا يحنث.

وفي المحيط: لو أكله مبلولًا حنث[١].

قوله: (من بيض أو غيره) كالسلق والباذنجان وهو القياس، وبه أخذ الشافعي ومالك فيحنث عندهما بكل مشوي بلا نية، وقول أحمد كقولنا لمكان الحقيقة، وفيه تشديد على نفسه.

قوله: (وهذا استحسان)، وفي المبسوط: القياس أن يحنث في اللحم وغيره مما يطبخ، والأخذ بالقياس هاهنا يفحش، فإن المسهل من الدواء مطبوخ، ونحن نعلم أنه لم يرد بذلك، فحملنا على أخص الخصوص وهو اللحم؛ لأنه يطبخ في المباحات عادة وينسمى مُتَّخذ ذلك طبَّاخًا، ولا يسمى من يطبخ الآجر طباخًا، وإنما يحنث باللحم المطبوخ بالماء، فأما القلية اليابسة فلا تسمى مطبوخًا، ولا يقال لمن أكل الباقلاء المطبوخ قد أكل الطبيخ[٢].

وفي شرح الوجيز: يقع على اللحم يجعل في الماء ويطبخ ويجعل على مرقته، وعن بعضهم: يقع على الشحم أيضًا، ولو طبخ أرز عدس بودك فهو طبيخ، وبزيتٍ وسمنٍ لا[٣].

---

(١) المحيط البرهاني لابن مازة (٤/ ٢٨٢).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٨/ ١٧٨).
(٣) العزيز شرح الوجيز للرافعي (١٢/ ٢٩٤).

اعتِبَارًا لِلعُرفِ، وَهَذَا لِأَنَّ التَّعمِيمَ مُتَعَذِّرٌ فَيُصرَفُ إِلَى خَاصٍّ هُوَ مُتَعَارَفٌ وَهُوَ اللَّحمُ المَطبُوخُ بِالمَاءِ، إِلَّا إِذَا نَوَى غَيرَ ذَلِكَ، لِأَنَّ فِيهِ تَشدِيدًا، وَإِن أَكَلَ مِن مَرَقِهِ يَحنَث لِمَا فِيهِ مِن أَجزَاءِ اللَّحمِ، وَلِأَنَّهُ يُسَمَّى طَبِيخًا.

(وَمَن حَلَفَ لَا يَأكُلُ الرُّؤُوسَ فَيَمِينُهُ عَلَى مَا يُكبَسُ فِي التَّنَانِيرِ وَيُبَاعُ فِي المِصرِ) وَيُقَالُ: يُكنَسُ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: لَو حَلَفَ لَا يَأكُلُ رَأسًا فَهُوَ عَلَى رُؤُوسِ البَقَرِ وَالغَنَمِ) عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: عَلَى الغَنَمِ خَاصَّة، وَهَذَا اختِلَافُ عَصرٍ وَزَمَانٍ، كَانَ العُرفُ فِي زَمَنِهِ فِيهِمَا وَفِي

قوله: (فيمينه على ما يُكْبَسُ)؛ أي: يُطَمُّ به التنّور؛ أي: يدخل فيه من كبَسَ الرجل رأسه في جيب قميصه إذا أدْخله، ذكره في المغرب[1].

وعند الشافعي يمينه على ما يباع منفردًا وهي رؤوس الإبل والبقر والغنم، فإن كان في بلدٍ يباع فيه رؤوس الصيد منفردًا حنث بأكلها، وإن كان في بلدٍ لا يباع فيه فقد قيل: لا يحنث، وقيل: يحنث.

وقال مالك: يقع يمينه على رأس كل حيوان من الغنم والصيد والطير والحيتان، وبه قال أحمد؛ لعموم الاسم فيه حقيقة وعُرفا، وعند أشهب المالكي: لا يحنث إلا برؤوس الأنعام الأربعة؛ للعُرف الغالب هذا إذا لم ينو شيئًا نوعًا، فإن نوى فيمينه على ما نوع بالإجماع وعلى هذا الخلاف الشراء.

قوله: (وهذا) أي: الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه **(اختلاف عصر وزمان)**.

(وكان العُرف في زمنه)؛ أي: زمن أبي حنيفة فإنه لما رأى [عادة][2] أهل الكوفة في رأس الإبل والبقر والغنم قال بدخولها في اليمين، فلما تركوا هذه العادة في الإبل رجع، وقال: يدخل فيها رأس البقر [والغنم][3] والخاصة.

ثم إن أبا يوسف ومحمدًا لما شاهدا عادة أهل بغداد وسائر البلاد أنهم لا

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٣٩٩).

(٢) في الأصل: (عامة)، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

زَمَنِهِمَا فِي الغَنَمِ خَاصَّة، وَفِي زَمَانِنَا يُفْتَى عَلَى حَسَبِ العَادَةِ، كَمَا هُوَ المَذْكُورُ فِي المُخْتَصَرِ.

قال: (وَمَن حَلَفَ لَا يَأْكُلُ فَاكِهَة فَأَكَلَ عِنَبًا أَو رُمَّانًا أَو رُطَبًا أَو قِثَّاء أَو خِيَارًا لَم يَحنَث، وَإِن أَكَلَ تُفَّاحًا أَو بِطِّيخًا أَو مِشمِشًا حَنِث، ....

يفعلون ذلك إلا في رأس الغنم قالا: لا يحنثُ [إلا][1] به.

فالحاصلُ اعتبار العرف وعليه الفتوى؛ إذِ العرف الظاهر أصلٌ في مسائل الأيمان، وعن ابن أبي هريرة من أصحاب الشافعي: لا يحنث إلا برأس الغنم، وعن القفال: لو قال بالفارسية (سبريات بخورم) لا يحنث إلا برؤوس الغنم[2].

فإن قيل: الناس لا يبيعون لحم الخنزير والآدمي، ولا فيهما عرف ظاهر في أسواقهم، ومع ذلك يحنث بأكلهما إذا حلف لا يأكل لحمًا.

قلنا: الأصل فيه؛ أي: عقد اليمين إن كان على فِعل مُضاف إلى شيء فإن أمكن العمل بحقيقته يعمل بها وإن لم يكن مُتعارفًا، وإن لم يمكن يجب تقييدهُ بالمتعارف.

فإذا ثبت هذا ففيما نحن فيه العمل بحقيقته غير ممكن؛ لأن الرأس يقع على العظم واللحم، وأكل العظم ممتنع، وفي أكل اللحم بحقيقته ممكن؛ لأن اللحم يؤكل بجميع أجزائه فيتقيد اليمين بالحقيقة، وبهذا يخرج الجواب عما ورد شبهة في اليمين من لا يَركبُ دابة حيث لا يحنث بركوب الكافر وإن كان دابة حقيقة، وورد الشرع به؛ لأن العمل برُكوب كل دابة غير ممكن فإن النملة دابة ولا يمكن ركوبها، فوجب تقييده بالمتعارف وهو الفرس، والبغل، والحمار.

فإن قيل: هذا الأصل لا يستقيم في الشراء؛ لأن شراء الرأس بجميع أجزائه مُمكن.

قلنا: ليس كذلك؛ لأن من الرؤوس ما لا يمكن شراؤه شرعًا كرأس النمل

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

(٢) انظر: حلية العلماء للشاشي القفال (٧/ ٢٧٠)، والحاوي الكبير للماوردي (١٥/ ٣٧٨).

وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: حَنِثَ فِي العِنَبِ وَالرُّطَبِ وَالرُّمَّانِ أَيضًا)[*] وَالأَصلُ: أَنَّ الفَاكِهَةَ اسمٌ لِمَا يُتَفَكَّهُ بِهِ قَبلَ الطَّعَامِ وَبَعدَهُ: أَي يُتَنَعَّمُ بِهِ زِيَادَة عَلَى المُعتَادِ، وَالرُّطَبُ وَاليَابِسُ فِيهِ سَوَاءٌ بَعدَ أَن يَكُونَ التَّفَكُّهُ بِهِ مُعتَادًا حَتَّى لَا يَحنَثَ بِيَابِسِ البِطِّيخِ، وَهَذَا المَعنَى مَوجُودٌ فِي التُّفَّاحِ وَأَخَوَاتِهِ، فَيَحنَثُ بِهَا وَغَيرُ مَوجُود فِي القِثَّاءِ وَالخِيَارِ، لِأَنَّهُمَا مِن البُقُولِ بَيعًا وَأَكلًا فَلَا يَحنَثُ بِهِمَا. وَأَمَّا

والذباب والآدمي، إليه أشار في الفوائد الظهيرية.

قوله: (وهذا عند أبي حنيفة)؛ أي: هذا المجموع على هذا التفصيل.

(وقال أبو يوسف ومحمد) أي: أبو يوسف ومحمد **(في العنب، والرُّطب، والرُّمان أيضًا)** كما في غير الثلاثة، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد.

والقثاء والخيار ليس من الفاكهة بالإجماع، والبطيخ من الفواكه عندنا، وللشافعي وأحمد فيه وجهان أصحهما أنه من الفواكه.

قوله: (زيادة على المعتاد)؛ أي: على الفداء الأصلي، ولهذا تسمَّى النار فاكهة الشتاء، والمزاح فاكهة لوجود زيادة التنعم فيهما.

(والرطب واليابس)؛ أي: اليابس من هذه الأشياء فاكهة بالإجماع إلا البطيخ فإنه لا يُعتادُ يابسُهُ فاكهة في عامة البلاد، [٥٥٤/ب].

القثاء: الخيار، والخيار: (بادرنك).

قوله: (بيعًا)، فإنهما يباعان مع البقول **(وأكلًا)** فإنهما يُوضعَان على المائدة مع البقول هذا إذا لم ينو، فإن نواهما أو نوى الكل؛ فيمينه على ما نوى بالإجماع.

وفي التحفة: ومشايخنا قالوا: هذا اختلافُ عُرف وزمان، فأبو حنيفة أفتى على حسب زمانه فإنهم لا يعدونها من الفواكه وتعد في زمانهما، وفي عُرفنا ينبغي أن يحنث أيضًا[١].

وفي المحيط: العبرة للعُرف وما يؤكل عادة على سبيل التفكه يعد فاكهة في

(*) الراجح: قول الصاحبين.

(١) تحفة الفقهاء للسمرقندي (٢/ ٣٢١).

العِنَبُ وَالرُّطَبُ وَالرُّمَّانُ فَهُمَا يَقُولَانِ: إنَّ مَعنَى التَّفَكُّهِ مَوجُودٌ فِيهَا، فَإِنَّهَا أَعَزُّ الفَوَاكِهِ وَالتَّنَعُّمُ بِهَا يَفُوقُ التَّنَعُّمَ بِغَيرِهَا، وَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ يَقُولُ: إنَّ هَذِهِ الأَشيَاءَ مِمَّا يُتَغَذَّى بِهَا وَيُتَدَاوَى بِهَا فَأَوجَبَ قُصُورًا فِي مَعنَى التَّفَكُّهِ لِلِاستِعمَالِ فِي حَاجَةِ البَقَاءِ، وَلِهَذَا كَانَ اليَابِسُ مِنهَا مِن التَّوَابِلِ أَو مِن الأَقوَاتِ.

قال: (وَلَو حَلَفَ لَا يَأتَدِمُ فَكُلُّ شَيءٍ أُصطُبِغَ بِهِ فَهُوَ إِدَامٌ، وَالشِّوَاءُ لَيسَ بِإِدَامٍ،

العُرف يدخل في اليمين، وما لا فلا.

قوله: (**ومعنى التفكه موجود فيها**)؛ أي: في العنب، والرطب، والرمان، وهي (**أعز الفواكه**) وأكملها، ومطلق الاسم يتناول الكامل، ولهذا فردت بالذكر في القرآن تخصيصًا كما عطف [جبريل][(١)] وميكائيل على الملائكة تعظيمًا لهما.

لأبي حنيفة أن هذه الأشياء مما تتعدى؛ فإن الرطب والعنب يؤكلان غذاءً ويتعلق بهما البقاء، وفي بعض المواضع يكتفون بهما للغذاء، والرمان يؤكل للتداوي فيتحقق القصُور في معنى التفكه فلا يتناولهما مُطلق اسم التفكه.

ألا ترى أن يابس هذه الأشياء لا يُعد من الفواكه، فالزبيبُ والتمر من الأقوات، وحب الرمان من التوابل، ولأنه قال تعالى: ﴿فِيهِمَا فَٰكِهَةٌ وَنَخۡلٌ وَرُمَّانٌ ۝٦٨﴾ [الرحمن:٦٨]، وقال تعالى: ﴿...وَقَضۡبًا ۝٢٨ وَفَٰكِهَةً﴾ [عبس:٢٨-٣١] فعطف الفاكهة عليها مرة، وعطفها على الفاكهة أخرى، والشيء لا يعطف على نفسه، مع أنه مذكورٌ في موضع المنة، ولا يليق بالحكيم ذكر الشيء الواحد في موضع المنة بلفظين.

قوله: (**اصطبغ به فهو إدام**)، كالخل، والزيت، والعسل، والزبد، واللبن، والملح، والمرق، ولفظ اصطُبغ -بضم الطاء- على بناء المفعول، هكذا المنقول، والاصطباغ بأن (خورش كرفتين)، وتعدى بالباء.

وفي المغرب: الصبغ ما يصبغ به، ومنه الصبغ من الإدام؛ لأن الخبز يغمسُ [فيه][(٢)] ويلون به كالخل والزيت، ويقال: اصطبغ بالخل وفي الخل، ولا

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) في الأصل: (به)، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

وَالمِلحُ إِدَامٌ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: كُلُّ مَا يُؤكَلُ مَعَ الخُبزِ

يقال: اصطبغ الخبز بالخل[١].

(**وهذا عند أبي يوسف**)؛ أي: قول محمد رواية عن أبي يوسف، وبه قال الشافعي وأحمد.

وفي النهاية: وحاصلُ ذلك على ثلاثة أوجه: فالخل، والزيت، واللبن، والعسل، والزبد وأمثالها مما يصطبغ فهو إدام بالإجماع، والبطيخ، والعنب، والتمر وأمثالها مما يؤكل وحده غالبًا ليس بإدام بالاتفاق.

واختلفوا في الجبن، والبيض، واللحم، فجعلها محمد إدامًا باعتبار أن هذه الأشياء لا تؤكل وحدها غالبًا فكانت تبعًا للخبز وموافقًا له، وقال عليه السلام: «**سيِّدُ الإدامِ في الدنيا والآخرة اللَّحمُ**»[٢].

وكتب كلبُ الروم إلى معاوية: أن ابعث إليَّ بِشَرِّ إدام على يد شَرِّ رجلٍ، فبعث إليه جبنًا على يد رجل يسكن في بُيوت أصهار، فلو لم يكن الجبن إدامًا لما بعث [إليه][٣]؛ لأنه من أرباب اللسان، وبقول محمد أخذ أبو الليث للعُرف.

وفي التمر للشافعي وأحمد وجهان، في وجه إدام؛ لما روي أنه عليه السلام وضع التمر على الكسرة فقال: «**هذه إدام هذه**»، رواية أبي داود[٤].

والثاني ليس بإدام؛ لأنه فاكهة فأشبه الزبيب.

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٢٦٣).

(٢) أخرجه البيهقي في شعب الإيمان (٨/ ٦٨ رقم ٥٥١٠) من حديث بريدة رضي الله عنه.
قال البيهقي: تفرد به أبو هلال محمد بن سليم.
وأخرجه ابن ماجه (٢/ ١٠٩٩ رقم ٣٣٠٥) من حديث أبي الدرداء رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «سيد طعام أهل الدنيا وأهل الجنة اللحم».
قال العراقي: وعند ابن ماجه من حديث أبي الدرداء: «سيد طعام أهل الدنيا وأهل الجنة اللحم»، وسنده ضعيف. تخريج أحاديث الإحياء (١٢٥٩).

(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

(٤) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٢٥ رقم ٣٢٥٩)، والترمذي في الشمائل (١٧٤)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ٦٣ رقم ٢٠٥٢٠) من حديث يوسف بن عبد الله بن سلام رضي الله عنه.
قال ابن حجر: أخرجه أبو داود، والترمذي بسند حسن. فتح الباري (١١/ ٥٧١).

غَالِبا فَهُوَ إِدَامٌ)(*) وَهُوَ رِوَايَةٌ عَن أَبِي يُوسُف، لِأَنَّ الإِدَامَ مِن المُوَادَمَةِ وَهِيَ المُوَافَقَةُ وَكُلُّ مَا يُؤكَلُ مَعَ الخُبزِ مُوَافِقٌ لَهُ كَاللَّحمِ وَالبَيضِ وَنَحوِهِ. وَلَهُمَا: أَنَّ الإِدَامَ مَا يُؤكَلُ تَبَعًا، وَالتَّبَعِيَّةُ فِي الِاختِلَاطِ حَقِيقَةٌ لِيَكُونَ قَائِمًا بِهِ، وَفِي أَلَّا يُؤكَلَ عَلَى الِانفِرَادِ حُكمًا، وَتَمَامُ المُوَافَقَةِ فِي الِامتِزَاجِ أَيضًا، وَالخَلُّ وَغَيرُهُ مِن المَائِعَاتِ لَا يُؤكَلُ وَحدَهُ بَل يُشرَبُ، وَالمِلحُ لَا يُؤكَلُ بِانفِرَادِهِ عَادَة، وَلِأَنَّهُ يَذُوبُ فَيَكُونُ تَبَعًا، بِخِلَافِ اللَّحمِ وَمَا يُضَاهِيهِ، لِأَنَّهُ يُؤكَلُ وَحدَهُ، إِلَّا أَن يَنوِيَهُ لِمَا فِيهِ مِن التَّشدِيدِ، وَالعِنَبُ وَالبِطِّيخُ لَيسَا بِإِدَامٍ هُوَ الصَّحِيحُ.

قوله: (والتبعية في الاختلاط)؛ وهذا لأن الإدام من المـوادَمَة وهي الموافقة، وذلك بأن يصير مع الخبز كشيءٍ واحد فيتبعه ويقوم به، والتبعية **(حقيقة)** بالاختلاط، و**(حكمًا)** بأن لا يُؤكل إلا تبعًا للخبز، والإدام بهذه الصفة هو المراد بهذه اليمين عُرفًا وهي حقيقته، فلا يكون المتنازعُ فيه مرادًا لأنه مجاز؛ لأنه يؤكل بنفسه ويمضغ مضغ الخبز ويبتلع ابتلاعَهُ من غير أن يكون تابعًا للخبز، فاختل معنى الإدام فيه فصارت هذه الأشياء بمنزلة المجاز من الحقيقة في استحقاق هذه الاسم.

وأما الحديث فلا حجة له فيه؛ لأنه يقال: الخليفة سيد العرب والعجم وإن لم يكن من العجم.

وذكر التمرتاشي: وهذا الاختلاف على عكس اختلافهم، فمن حلف لا يأكل إلا رغيفًا فأكل معه البيض ونحوه لم يحنث عندهما، وحنث عند محمد، هو يقول: هذا قد يؤكل مقصودًا فلا يكون تبعًا للخبز بالشك، وهما يقولان: إدامٌ من وجه قد يؤكل تبعًا، وقد يؤكل وحده فلا يحنث فيهما بالشك.

وقوله: (هو الصحيح) احتراز عما نقل أن العنب والبطيخ على الخلاف، وذكر الإمام السرخسي أنه ليس بإدام بالإجماع وهو الصحيح؛ لأنهما يؤكلان غالبًا وحدهما.

[٥٥٥/أ] وفي المحيط: قال محمد: والتمر والجوز ليس بإدام، وكذا

(*) الراجح: قول محمد.

(وَإِذَا حَلَفَ لَا يَتَغَدَّى، فَالغَدَاءُ الأَكلُ مِن طُلُوعِ الفَجرِ إِلَى الظُّهرِ، وَالعَشَاءُ مِن صَلَاةِ الظُّهرِ إِلَى نِصفِ اللَّيلِ) لِأَنَّ مَا بَعدَ الزَّوَالِ يُسَمَّى عِشَاء، وَلِهَذَا تُسَمَّى الظُّهرُ إِحدَى صَلَاتَي العِشَاءِ فِي الحَدِيثِ (وَالسَّحُورُ مِن نِصفِ اللَّيلِ إِلَى طُلُوعِ الفَجرِ) لِأَنَّهُ مَأخُوذٌ مِن السَّحَرِ وَيُطلَقُ عَلَى مَا يَقرُبُ مِنهُ.

ثُمَّ الغَدَاءُ وَالعَشَاءُ مَا يُقصَدُ بِهِ الشِّبَعُ عَادَة، وَتُعتَبَرُ عَادَةُ أَهلِ كُلِّ بَلدَة فِي حَقِّهِم، وَيُشتَرَطُ أَن يَكُونَ أَكثَرَ مِن نِصفِ الشِّبَعِ.

(وَمَن قَالَ: إِن لَبِستَ أَو أَكَلتَ أَو شَرِبتَ فَعَبدِي حُرٌّ، ....

العنب والبطيخ والبقل، وكذا سائر الفواكه حتى لو كان في موضع يؤكلان تبعًا للخبز يكون إدامًا عنده.

أما البقل ليس بإدام بالاتفاق؛ لأن آكله لا يسمَّى مؤتَدِمًا، وعند الشافعي البقول والبصل والفجل إدام؛ لأنه يؤتدَم به عادة، ذكره في شرح الوجيز.

قوله: (الأكل من طلوع) إلى آخره، وهذا توسع في العبارة، ومعناه آكل الغداء والعشاء على حذف المضاف؛ لأنه ذكر في المغرب الغداء: اسم لطعام الغداة، وكذا العَشاء -بالفتح والمد- اسمٌ لطعام العشي[1]، في الحديث.

ذكر في الإيضاح: ورد في الحديث أنه عليه السلام صلَّى إحدى صلاتي العشاء ركعتين، يريد به الظهر أو العصر[2]، وهكذا في شرح المختصر العامري، وبقولنا قال الشافعي.

قوله: (ما يقصد به الشبع) حتى لو أكل لقمة أو لقمتين لا يحنث، حتى **(أن يكون أكثر من نصف الشبع)**، وبه قال الشافعي.

قوله: (وتعتبر عادة كل بلدة في حقهم)؛ يعني: إن كانت خبزًا فخبز، وإن كانت لبنًا فلبن.

وفي المحيط: حتى لو كان الحالف مصريًّا يقع على الخبز، فلو تعدَّى بغيره من الأرز، والتمر، واللبن لم يحنث، وإن كان بدويًّا فتغدى بالتمر واللبن يحنث، وعند محمد حلف ليأتينه صحوة فهو من طلوع الفجر من الساعة التي

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٣٣٧).
(٢) أخرجه البخاري (١/ ١٠٣ رقم ٤٨٢)، ومسلم (١/ ٤٠٣ رقم ٥٧٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

وَقَالَ: عَنَيت شَيئًا دُونَ شَيء لَم يُدَيَّن فِي القَضَاءِ وَغَيرِهِ) لِأَنَّ النِّيَّةَ إِنَّمَا تَصِحُّ فِي

تحل فيها الصلاة إلى نصف النهار، وبه قال الشافعي.

ولو حلف لا يتصبح فقام عند طلوع الفجر فتوضأ وصلَّى، ثم نام على فراشه قبل أن يصلي الفجر لا يحنث، وكذا لو نام جالسًا بعد صلاة الفجر لم يحنث، ولو نام على فراشه بعد ما طلعت الشمس حنث، وقال محمد: المساء مساءان، أحدهما: بعد زوال الشمس والآخر إذا غربت الشمس، فلو حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسي ولا نية له فهو على غيبوبة الشمس؛ لأنه لا يمكن حمل اليمين على الأول.

وفي الإيضاح: التصبيح ما بين طلوع الشمس وارتفاع الضحى الأكبر؛ لأن التصبيح يفعل من الصباح فيفيدُ زيادة على ما يفيدُه الإصباح، وبه قال أصحاب الشافعي ذكره في شرح الوجيز.

قوله: (وقال عنيت شيئًا دون شيءٍ)، أو ثوبًا دون ثوب، أو طعامًا دون طعام، أو شرابًا دون شراب، وكذا لو قال: إن اغتسلتُ، أو نكحتُ فعبدي حر، وقال: عنيت الغُسل من الجنابة وفلانة، لا يصدق قضاءً ولا ديانة، وقال الشافعي: يصدق ديانةً؛ لأن للمقتضي عمومًا عنده، وكذا في رواية عن أبي يوسف، وبه أخذ الخصاف.

وعندنا لا عموم للمُقتضَى فلغت نية التخصيص، ولا يقال: إنه نوى مدلول اللفظ؛ إذِ الفعل المتعدي يدل على المفعول الأول؛ لأن المدلول ما يدل عليه اللفظ بالمعنى اللغوي كما في التأفيف مع الضرب، وهاهنا المذكور اللبس وهو بمعناه اللغوي لا يتناول الثوب؛ لأن اللبس عرض والثوب عين.

فإن قيل: يشكل بما لو قال: إن خرجت فعبدي كذا، ونوى به السفر يصدق ديانةً، والخروج مقتضى وصحت نية التخصيص بالسفر.

وبما لو قال: لا تساكن فلانًا، ونوى المساكنة في بيت واحد تصح نيته ديانةً مع أن المسكن غير مذكور.

قلنا: المسألة الأولى ممنوعة، فالقضاة الأربعة وهم: القاضي أبو الهيثم، والقاضي أبو حازم، والقاضي أبو طاهر الدباس، والقاضي القُمي منعوها، ولئن

المَلفُوظِ، وَالثَّوبُ وَمَا يُضَاهِيهِ غَيرُ مَذكُور تَنصِيصًا، وَالمُقتَضَى لَا عُمُومَ لَهُ، فَلَغَت نِيَّةَ التَّخصِيصِ فِيهِ (وَإِن قَالَ: إن لَبِستُ ثَوبًا أَو أَكَلتُ طَعَامًا أَو شَرِبتُ شَرَابًا لَم يُدَيَّن فِي القَضَاءِ خَاصَّة) لِأَنَّهُ نَكِرَةٌ فِي مَحَلِّ الشَّرطِ فَتَعُمُّ فَعُمِلَت نِيَّةُ التَّخصِيصِ فِيهِ إلَّا أَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ فَلَا يَدِينُ فِي القَضَاءِ.

سلمنا فالفرق أن الخروج متنوع إلى مديد وقصير، وهما مختلفان اسمًا وحكمًا فإن المديد يسمى سفرًا وأحكامه خلاف أحكام الخروج، فإذا نوى أحد النوعين صحَّت نيته كما لو حلف لا يتزوج ونوى حبشية، أو رومية يصدق، ولو نوى امرأة بعينها لا يصدق؛ لأن الأول نوع والثاني لا، فكذا في مسألتنا، حتى لو نوى الخروج إلى مكانٍ بعينه كبغداد لا يصدق.

وكذا في المسألة الثانية نوى نوعًا من المساكنة؛ لأن المساكنة أنواع: ما يكون في بلد واحد، وما يكون في دار واحدة، وما يكون في بيت واحد وهو أتم ما يكون من المساكنة كذا ذكره السرخسي، والتمرتاشي، والمرغيناني.

قوله: (لأنه نكرة في محل الشرط فَتَعُمُّ)؛ لأن الشرط في معنى النفي؛ لأنه للمنع، والنفي والنكرة في موضع النفي تعم، قال تعالى: ﴿فَمَا مِنكُم مِّنْ أَحَدٍ عَنْهُ حَـٰجِزِينَ ۝٤٧﴾ [الحاقة: ٤٧] فعملت نية التخصيص.

(فلا يدين)؛ أي: لا يصدق قضاء؛ لأنه خلاف الظاهر؛ إذِ الظاهر العموم وفي التخصيص تخفيف عليه كما لو [٥٥٥/ب] قال: إن اغتسل في هذه أحد، وعنى إنسانًا بعينه يصدق ديانةً لا قضاء، ولو قال: إن مشيت، ونوى استطلاق البطن حنث به، وبالمشي.

رُوي أن أبواب الجامع عُرضت على ثعلب فقال: قسمٌ منها لا أعرفه، وقسم منها أعرفه، وقسم منها أخالفه، فمما أخالفه هذه المسألة؛ لأنه يجب أن لا يصدق أصلًا؛ لأن استطلاق البطن يقال منه مشي بالكسر.

والجواب أن الحقيقة [ما قاله، إلا أن محمدًا لم الحقيقة][1]، ألا ترى أنه شرط النية وصحح نيته ديانة، وإنما صدقه مجازًا؛ لأن من استطلق بطنه لازم

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

قال: (وَمَن حَلَفَ لَا يَشرَبُ مِن دِجلَةَ فَشَرِبَ مِنهَا بِإِنَاء لَم يَحنَث) حَتَّى يَكرَعَ مِنهَا كَرعًا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: إذَا شَرِبَ مِنهَا بِإِنَاء يَحنَثُ، لِأَنَّهُ مُتَعَارَفُ المَفهُومِ(*). وَلَهُ: أَنَّ كَلِمَةَ «مِن» لِلتَّبعِيضِ وَحَقِيقَتُهُ فِي الكَرعِ وَهِيَ مُستَعمَلَةٌ، وَلِهَذَا يَحنَثُ بِالكَرعِ إجمَاعا ....

المشي فإن استطلق بطنه حنث بإرادته، وإن مشى بالرِّجل حنث قضاءً بالظاهر، ولم يحنث ديانة.

قوله: (**حتى يكرع**)؛ أي: حتى يضع فاه على دجلة بعينها ويشرب منها، والكرع تناول الماء بالفم من موضعه من غير أن يشرب بكفه ولا بإناء، وكره عكرمة الكرع في النهر؛ لأنه فعل البهيمة تدخل فيها كارعة، والكراع مستدق الساق، ذكره في المغرب والصحاح.

(**وقالا**)، أي: أبو يوسف ومحمد: (**يحنث**) بشُرْبِ مائها بإناء، أو كفٍّ، أو كرع أو غيره، وبه قال الشافعي وأحمد كما لو قال: من ماء دجلة، وللشافعي في قوله: من ماء دجلة يحنث بشرب بعضه كما قلنا، وأحمد، وقال في الأصح: لا يحنث؛ لأن يمينه على شرب جميع الماء، ذكره في شرح الوجيز(١).

وقد ذكر في الأصول أن أبا حنيفة يعتبر الحقيقة المستعملة، والكرع مستعمل شرعًا وعُرفًا فلا يصار إلى المجاز، وعندهما المجاز المتعارف أولى، والمسألة مستقصاة في الأصول.

وفي الكافي: وهي نظير مسألة الحنطة.

قوله: (**ولهذا يحنث بالكرع إجماعًا**)، فإن قيل: لا نسلم أن الحنث بالكرع باعتبار الحقيقة، بل باعتبار عموم المجاز كما في قوله: لا يضع قدمه في دَار فلان.

قيل في جوابه: الكرع مستعمل حقيقةً وعُرفًا وشرعًا فتنزلت الحكم على الحقيقة؛ لأنها هي الأصل، بخلاف وضع القدم فإن ذلك صار عبارة عن الدخول عرفًا؛ ولهذا لو قعد خارج الدار وأدخل قدميه فوضعهما في الدار لا يحنث؛ لأن ذلك لا يسمى دخولًا. إليه أشار في الذخيرة.

قوله: («**من**» **للتبعيض**) فكانت حقيقة أن يضع فاه على بعض الدجلة فيشرب،

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) العزيز شرح الوجيز للرافعي (١٢/ ٢٩٠).

فَمُنِعَت المَصِيرَ إِلَى المَجَازِ وَإِن كَانَ مُتَعَارَفا.

(وَإِن حَلَفَ لَا يَشرَبُ مِن مَاءِ دِجلَةَ فَشَرِبَ مِنهَا بِإِنَاء حَنِثَ) لِأَنَّهُ بَعدَ الِاعتِرَافِ بَقِيَ مَنسُوبًا إِلَيهِ وَهُوَ الشَّرطُ، فَصَارَ كَمَا إِذَا شَرِبَ مِن مَاءِ نَهر يَأخُذُ مِن دِجلَةَ.

(ومَن قَالَ: إن لَم أَشرَب المَاءَ الَّذِي فِي هَذَا الكُوزِ اليَومَ فَامرَأَتُهُ طَالِقٌ، وَلَيسَ فِي الكُوزِ مَاءٌ لَم يَحنَث، فَإِن كَانَ فِيهِ مَاءٌ فَأُهرِيقَ قَبلَ اللَّيلِ لَم يَحنَث، وَهَذَا عِندَ

أو لابتداء الغاية، فينبغي أن يكون ابتداء شربه من دجلة، وهو مستعمل كما ذكرنا.

قوله: (وهو الشرط)؛ أي: كونه منسوبًا إلى دجلة هو شرط الحنث، ونظيرُها بين المسألتين ما لو حلف لا يشرب من هذا الكوز فصبَّ الماء الذي فيه في كوز آخر فشرب منه لم يحنث بالإجماع، ولو قال: من ماء هذا الكوز فصب ماءه في كوز آخر فشرب منه حنث بالإجماع.

ولو قال: من هذا الجب، أو من هذا البئر، قال أبو سهل الشرعي: لو كان الجب أو البئر ملآن يمكن الكرع فيه فيمينه على الكرع عند أبي حنيفة؛ لإمكان العمل بالحقيقة، وعندهما على الاغتراف وإن لم يكن ملآن؛ فيمينه على الاغتراف، ولو تكلف في هذه الصورة وكرع من أسفل البئر أو الجب اختلف المشايخ فيه والصحيح أنه لا يحنث لعدم العُرف بالكرع كذا في الذخيرة.

وفي الكافي: لو قال: لا أشرب من الفرات فشرب من نهر أخذ منه لم يحنث إجماعًا، أما عنده فلأن يمينه على الكرع، وأما عندهما فلأنه مثل الفرات في إمساك الماء فتقطع النسبة، فخرج عن عموم المجاز.

أما لو قال: لا أشرب من ماء الفرات [فشرب من نهر أخذ من الفرات حنث لأن يمينه على ماء منسوب إلى الفرات][1]، والنسبة لا تنقطع بالأنهار الصغار، ولو قال: لا أشربُ ماء فراتًا يحنث بكل ما عذب في أي موضع كان به.

قال الشافعي: لأنه جعله وصفًا للماء، قال تعالى: ﴿وَأَسْقَيْنَٰكُم مَّآءً فُرَاتًا﴾ [المرسلات: ٢٧].

قوله: (وليس في الكوز ماء)؛ لم يحنث سواء علم بأن فيه ماء أو لم يعلم.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَحنَثُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ)(*) يَعنِي: إِذَا مَضَى اليَومُ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إِذَا كَانَ اليَمِينُ بِاَللَّهِ تَعَالَى. وَأَصلُهُ: أَنَّ مِن شَرطِ انعِقَادِ اليَمِينِ وَبَقَائِهِ التَّصورُ عِندَهُمَا، خِلَافا لِأَبِي يُوسُفَ، ....

قوله: (وأصله)؛ أي: أصل الخلاف أن تصور البر شرط لانعقاد اليمين المطلقة عن الوقت، ولبقاء اليمين المقيدة بالوقت عندهما، وبه قال الشافعي في وجه، ومالك.

وعند أبي يوسف لا يشترط تصور البر في انعقاد اليمين المطلقة ولا لبقائه في اليمين المقيدة، [وبه](١) قال الشافعي في وجه.

ويتفرعُ على هذا الخلاف ما لو حلف ليشربن ماء هذا الكوز اليوم فصُبَّ قبل مضي اليوم فعندهما لا تبقى يمينه، ولا يحنث أيضًا، وعند أبي يوسف يحنث في آخر جزء من أجزاء الوقت، حتى تجب عليه الكفارة إذا مضى اليوم.

ولهذا لو قال: [إن](٢) لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز فامرأته كذا، فأهريق قبل الليل لم تبق اليمين عندهما، وعنده يبقى ويحنث.

وعلى هذا لو حلف وقال: والله لأقتلن فلانًا اليوم [٥٥٦/أ]، فمات فلان قبل مُضي اليوم لا تبقى اليمين عندَهُما، وعنده تبقى ويحنث بمضي اليوم، وكذا لو حلف ليقتلنه وهو جاهلٌ بموته، وإنما شرط جهله بموته؛ لأنه لو علم بموته ينعقدُ اليمين بالإجماع، ويحنث في الحال.

وكذا لو حلف أن آكل هذا الرغيف فأكل قبل الليل، أو قال: لأقضين فلانًا حقه وفلان قد مات ولا عِلم له به؛ لم ينعقد يمينه عندهما، وعنده ينعقد ويحنث في الحال.

وكذا لو قال: لأقضين فلانًا دينه [ولا علم لهُ به؛ لم ينعقد يمينه] فأبرأه

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.
(١) في الأصل: (حتى)، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

لِأَنَّ اليَمِينَ إِنَّمَا تُعقَدُ لِلبِرِّ فَلَا بُدَّ مِن تَصَوُّرِ البِرِّ لِيُمكِنَ إِيجَابُهُ. وَلَهُ: أَنَّهُ أَمكَنَ القَولُ بِانعِقَادِهِ مُوجِبًا لِلبِرِّ عَلَى وَجه يَظهَرُ فِي حَقِّ الخُلفِ وَهُوَ الكَفَّارَةُ. قُلنَا: لَا بُدَّ مِن تَصَوُّرِ الأَصلِ لِيَنعَقِدَ فِي حَقِّ الخُلفِ وَلِهَذَا لَا يَنعَقِدُ الغَمُوسُ مُوجِبًا لِلكَفَّارَةِ (وَلَو كَانَت اليَمِينُ مُطلَقَة؛ فَفِي الوَجهِ الأَوَّلِ: لَا يَحنَثُ عِندَهُمَا، وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ: يَحنَثُ فِي الحَالِ، وَفِي الوَجهِ الثَّانِي: يَحنَثُ فِي قَولِهِم جَمِيعًا) فَأَبُو يُوسُفَ فَرَّقَ بَينَ المُطلَقِ وَالمُوَقَّتِ.

فلان[١]، وكذا لو قال لزيد: إن رأيتُ عمرًا فلم أعلمك فأمرأتي كذا، ثم رآه مع زيد فسكت ولم يقل شيئًا، أو قال: هو عمرو لا تطلق عندهما؛ لفوات الإعلام فلم تبق اليمين وعنده تنعقد ويحنث وتطلق لبقاء اليمين وفوات المعقود عليه.

وفي المبسوط: لهما محل اليمين المعقودة خير فيه رجاء الصدق؛ لأنها تعقد للحظر أو الإيجاب أو لإظهار معنى الصدق، وذلك لا يتحقق فيما ليس فيه رجاء الصدق فلا ينعقد أصلًا كيمين الغموس، وهذا معنى قول المصنف: **(لأن اليمين إنما تعقد للبر)** إلى آخره. لأبي يوسف أن يحل اليمين جبرًا في المستقبل سواء كان الحالف قادرًا عليه أو عاجزًا عنه، كما لو حلف لا يمس السماء، أو ليقلبن هذا الحجر ذهبًا انعقد يمينه وهو عاجز عن تحصيله فهذا مثله، وهذا معنى قول المصنف: **(أمكن القول بانعقاده)** إلى آخره.

قوله: (ولو كانت اليمينُ مطلقة)؛ أي: عن ذكر الوقت **(وفي الوجه الأول)** بأن لم يكن في الكوز ماء وذكر اليوم، وفي الوجه الثاني وهو ما إذا لم يذكر اليوم وفي الكوز ماء فأهريق قبل الليل.

(فأبو يوسف فرَّق بين المطلق والمؤقت)؛ أي: في مسألة الوجه الثاني، وهو ما إذا كان في الكوز ماء فأهريق قبل الليل، فيقول في المطلق عن ذكر [الوقت][٢]: يحنث حال الإراقة [من غير توقف إلى الليل، وفي المؤقت لا

---

(١) هكذا السياق بالأصل، وما بين المعقوفتين غير موجود بالنسخة الثانية، والثالثة.

(٢) في الأصل: (الموت)، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

وَوَجهُ الفَرقِ: أَنَّ التَّوقِيتَ لِلتَّوسِعَةِ فَلَا يَجِبُ الفِعلُ إِلَّا فِي آخِرِ الوَقتِ فَلَا يَحنَثُ قَبلَهُ، وَفِي المُطلَقِ يَجِبُ البِرُّ كَمَا فُرِغَ وَقَد عَجَزَ فَيَحنَثُ فِي الحَالِ وَهُمَا فَرَّقَا بَينَهُمَا. وَوَجهُ الفَرقِ: أَنَّ فِي المُطلَقِ يَجِبُ البِرُّ كَمَا فُرِغَ، فَإِذَا فَاتَ البِرُّ بِفَوَاتِ مَا عُقِدَ عَلَيهِ اليَمِينُ، يَحنَثُ فِي يَمِينِهِ كَمَا إِذَا مَاتَ الحَالِفُ وَالمَاءُ بَاقٍ؛ أَمَّا فِي المُؤَقَّتِ فَيَجِبُ البِرُّ فِي الجُزءِ الأَخِيرِ مِن الوَقتِ، وَعِندَ ذَلِكَ لَم تَبقَ مَحَلِّيَّةُ البِرِّ لِعَدَمِ التَّصَوُّرِ، فَلَا يَجِبُ البِرُّ فِيهِ فَتَبطُلُ اليَمِينُ كَمَا إِذَا عَقَدَهُ ابتِدَاء فِي هَذِهِ الحَالَةِ.

قَالَ: (وَمَن حَلَفَ لَيَصعَدَن السَّمَاءَ، أَو لَيَقلِبَن هَذَا الحَجَرَ ذَهَبًا، انعَقَدَت يَمِينُهُ وَحَنِثَ عَقِيبَهَا) وَقَالَ زُفَرُ: لَا تَنعَقِدُ، لِأَنَّهُ مُستَحِيلٌ عَادَة فَأَشبَهَ المُستَحِيلَ حَقِيقَة فَلَا يَنعَقِدُ. وَلَنَا: أَنَّ البِرَّ مُتَصَوَّرٌ حَقِيقَة، لِأَنَّ الصُّعُودَ إِلَى السَّمَاءِ مُمكِنٌ حَقِيقَة؛ أَلَا تَرَى أَنَّ المَلَائِكَةَ يَصعَدُونَ ....

يحنث حال الإراقة][(١)]؛ بل يحنث عند غيبوبة الشمس.

(**وهما فرّقا بينهما**)؛ أي: بين المطلق والمؤقت، أي بوجه آخر، وهو ما ذكر في المتن.

ومن فروع هذه المسألة ما ذكر التمرتاشي ما لو قال لامرأته: إن لم تهبيني مهركِ اليوم فأنتِ طالق، وقال أبوها: إن وهبتِ مهركِ لزوجكِ فأمكِ طالق فالحيلة في أن لا يحنثا حتى أن يُصالح أباها عن مهرها بثوبٍ ملفوف فإذا مضى اليوم لم يحنث الأب؛ لأنها لم تهب، ولم يحنث الزوج؛ لأنها عجزت عن الهبة عند الغروب؛ لأن المهر سقط عن الزوج بالصلح.

قوله: (**انعقدت يمينه وحنث عقيبها**)، وبه قال الشافعي في الأظهر، وفي وجه لا ينعقد كما قال زفر.

قوله: (**ألا ترى أن الملائكة يصعدونه**)، وكذا صعده بعض الأنبياء وكذا الجن، قال تعالى: ﴿وَأَنَّا لَمَسْنَا ٱلسَّمَآءَ فَوَجَدْنَـٰهَا﴾ [الجن:٨]، ولو أقدره الله تعالى على صعوده لصعد، وكذا الحجر محل قابل للتحويل ذهبًا بقدرة الله تعالى كما

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

السَّمَاءَ، وَكَذَا تَحَوُّلُ الحَجَرِ ذَهَبًا بِتَحوِيلِ اللَّهِ تَعَالَى، وَإِذَا كَانَ مُتَصَوَّرًا يَنعَقِدُ اليَمِينُ مُوجِبًا لِخُلفِهِ ثُمَّ يَحنَثُ بِحُكمِ العَجزِ الثَّابِتِ عَادَة. كَمَا إذَا مَاتَ الحَالِفُ، فَإِنَّهُ يَحنَثُ

يحكى عن بعض الأخيار، وإذا كان البر متصورًا ينعقد اليمين، ثم يحنث في الحال للعجز الحالي.

فإن قيل: إعادة الزمان الماضي بإعادة الله وقد فعلها لسليمان عليه السلام، وكذا إعادة الماء في الكوز في مسألة الكوز فينبغي أن ينعقد اليمين فيهما.

قلنا: في اليمين الغموس أخبر عن فعل قد وجد منه ذلك لا كون له، فإنه تعالى إن أعاد الزمان الماضي لا يصير الفعل موجودًا من الحالف حتى يفعله، كذا في المبسوط[(١)].

وفي مسألة الكوز لو خلق الله فيه الماء لا يكون هذا الماء انعقد عليه اليمين وفيه تأمل؛ لأن إعادة نفس الماء الذي أهريق من الكوز متصور في القدرة الإلهية كتصور عود الروح إلى البدن بعينه، وما فرقوا بين مسألة الكوز وقتل زيد بين العلم وعدمه، وهو أنه لو علم بموت زيد ثم قال: لأقتلنه ينعقد يمينه ويحنث في الحال؛ لأن يمينه انعقد على حياة يحدثه الله تعالى فانعقد باعتبار قدرته، حتى لو قال: لأقتلن هذا الميت لا ينعقد يمينُه أصلًا؛ لأنه انعقد يمينه على حياة معدومة حال اليمين، ولو أحدث الله فيه حياة لم يكن هو المحلوف عليه؛ لأن هذه موجودة، وتلك معدومة.

أما لو جهل فينعقد يمينه على حياة موجودة فيه، وهي معدومة حال اليمين، فصار كشرب ماء الكوز مشكل لما ذكرنا من تصور عود الروح بعينه.

قوله: (**وإذا كان متصورًا ينعقد اليمين [موجبًا]**[(٢)] **لِخُلْفِهِ**)؛ إذْ إيجاب العبد معتبر كإيجاب الله تعالى يعتمد التصور دون القدرة فيما له خلف.

ألا ترى أن الصوم واجبٌ على الشيخ الفاني ولم تكن له قدرة عليه لمكان

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٩/ ٧).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

مَعَ احتِمَالِ إعَادَةِ الحَيَاةِ بِخِلَافِ مَسأَلَةِ الكُوزِ، لِأَنَّ شُربَ المَاءِ الَّذِي فِي الكُوزِ وَقتَ الحَلِفِ وَلَا مَاءَ فِيهِ لَا يُتَصَوَّرُ فَلَم يَنعَقِد.

بَابُ اليَمِينِ فِي الكَلَامِ

قَالَ: (وَمَن حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ فُلَانًا، فَكَلَّمَهُ وَهُوَ بِحَيثُ يَسمَعُ إلَّا أَنَّهُ نَائِمٌ حَنِثَ) لِأَنَّهُ قَد كَلَّمَهُ وَوَصَلَ إلَى سَمعِهِ، لَكِنَّهُ لَم يَفهَم لِنَومِهِ فَصَارَ كَمَا إذَا نَادَاهُ وَهُوَ بِحَيثُ

التصور والخلف وهو الفدية، فكذا هاهُنا حنث عقيب وجوب البر، فوجبت الكفارة للعجز [٥٥٦/ب] الثابت عادةً، كما وجبت الفدية هناك عقيب وجوب الصوم، كذا في الفوائد الظهيرية.

فإن قيل: العجز الغالب إذا اعتبر الانحلال وجب أن يعتبر للمنع من الانعقاد.

قلنا: لا فائدة في بقاء اليمين إلى الموت ليتحقق العجز عن البر، وفائدة بقاء اليمين تحقيق البر، أما في الانعقاد فائدة وهي وجوب الكفارة - كما ذكرنا - فينعقد ولا يبقى، ولو كانت هاتان المسألتان مؤقتتين باليوم يحنث في آخره لما مرَّ، والله أعلم.

باب اليمين في الكلام

لما ذكر أيمان السكنى، والدخول والخروج، والأكل والشرب للمعنى الذي ذكرنا شرع في بيان الفعل الجامع الذي يستتبع الأبواب المتفرقة وهو الكلام؛ إذِ اليمين في العتق، والطلاق، والبيع، والشراء، والحج، والصلاة، والصوم من أنواع الكلام فذكر الجنس مقدَّم على ذكر النوع.

قوله: (إلا أنه نائم حَنِثَ)، وبه قال الشافعي، وأحمد، ومالك في رواية؛ لأنه كلمه ولكن لم يفهم لنومه.

التكلم: عبارة عن إسماع الكلام، كما في تكليم نفسه فإنه عبارة عن إسماع نفسه، إلا أن إسماع الغير أمرٌ مبطّن لا يوقف عليه، فأقيم السبب المؤدي إليه مقامه، وسقط بسبب حقيقة السماع، كذا ذكره شيخ الإسلام خواهر زادة.

يَسمَعُ، لَكِنَّهُ لَم يَفهَم لِتَغَافُلِهِ. وَفِي بَعضِ رِوَايَاتِ «المَبسُوطِ» شَرطَ أَن يُوقِظَهُ، وَعَلَيهِ

قوله: (وفي بعض روايات «المبسوط» شرط أن يوقظه)، فإنه قال: فناداه فأيقظه حنث[1]، شرط في هذه الرواية الإيقاظ، وبه قال مالك في رواية، وذكر في بعض الروايات: (فناداه [أو][2] أيقظه)، فهذا يدلُّ على أنه متى ناداه يحنث وإن لم يوقظه [كذا في المبسوطين[3]، ثم ذكر السرخسي في مبسوطه: والأظهر أنه لا يحنث إذا لم يوقظه][4]؛ لأن النائم كالغائب، فإذا لم ينتبه كان بمنزلة من ناداه من بعيد بحيث لا يسمع صوته.

وقيل: المسألة على الخلاف، فإن عند أبي حنيفة يحنث؛ لأنه النائم كالمنتبه، وعندهما لا يحنث.

وفي الذخيرة: لا يحنث حتى يتكلم كلام مستأنف بعد اليمين منقطعٌ عنها وإن كان موصولًا لم يحنث، كما لو قال: إن كلمتكِ فأنتِ طالق فاذهبي وقومي، أو اخرجي، أو شتمه، أو زجره متصلًا؛ لأن هذا من تمام الكلام الأول فلا يكون مرادًا باليمين، وهو وجه لأصحاب الشافعي وأحمد.

وقال الشافعي في الأظهر، وأحمد، ومالك قالوا: أن يقصده بالكلام والسلام فيصدق ديانةً لا قضاء، وعند الشافعي ومالك يصدق قضاءً أيضًا.

وقال المزني: لا يحنث، ولو قال: السلام عليكم إلا على واحد لا يحنث، وبه قال الشافعي وأحمد، هذا إذا سلم خارج الصلاة، ولو سلم في الصلاة والمحلوف عليه معه في الصلاة فإن كان إمامًا قال: إن كان المحلوف عليه على يمينه لا يحنث، وإن كان عن يساره يحنث، وعن محمد لا يحنث في التسليمتين وهو الصحيح.

وإن كان الحالف مقتديًا فعلى هذا التفصيل عندهما، وعن محمد يحنث سواء كان على يمينه أو على يساره، وبه قال مالك، وعند الشافعي بالسلام في

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ٢٢).
(٢) في الأصل: (أي)، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.
(٣) المبسوط لمحمد بن الحسن (٣/ ٣٨٠)، والمبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ٢٢).
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

عَامَّةُ مَشَايِخِنَا، لِأَنَّهُ إِذَا لَم يَتَنَبَّه كَانَ كَمَا إِذَا نَادَاهُ مِن بَعِيد وَهُوَ بِحَيثُ لَا يَسمَعُ صَوتَهُ.

(وَلَو حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ إِلَّا بِإِذنِهِ، فَأَذِنَ لَهُ، وَلَم يَعلَم بِالإِذنِ حَتَّى كَلَّمَهُ حَنِثَ)

الصلاة يحنث في الأظهر على أي حال كان إلا أن لا ينويه.

ولو قرع المحلوف عليه الباب، فقال الحالف: من هذا؟ يحنث.

وذكر أبو الليث: لو قال بالفارسية: (كيست) لا يحنث، ولو قال: (كي تو) يحنث، وبه أخذ، وهو المختار.

ولو ناداه المحلوف عليه، فقال: لبيك، أو لبى، يحنث، فلو كلمه الحالف بكلام لم يفهمه المحلوف عليه لم يحنث، وفيه اختلاف الروايتين.

ولو أراد أن يأمره بشيء فقال الحالف: إذا مر المحلوف عليه اصنع يا حائط كذا، فسمعه المحلوف عليه وفهمه لم يحنث، ذكره في الذخيرة.

وفي المحيط: لو سبَّح الحالفَ المحلوف عليه في السهو، أو فتح عليه بالقراءة وهو مقتدٍ لم يحنث، وخارج الصلاة يحنث[1]، وبقولنا قال الشافعي في الجديد واختاره المزني؛ لأنه لا يسمَّى ذلك عرفًا كلامًا.

وقال الشافعي في القديم ومالك وأحمد: يحنث؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِبَشَرٍ أَن يُكَلِّمَهُ ٱللَّهُ إِلَّا وَحۡيًا أَوۡ مِن وَرَآيِٕ حِجَابٍ أَوۡ يُرۡسِلَ رَسُولًا﴾ [الشورى: ٥١]، استثنى الرسالة.

وقلنا: مبنى الأيمان على العُرف لا على ألفاظ القرآن كما ذكرنا، مع أنه لا يمكن أن يكون الاستثناء منقطعًا.

قوله: (ولم يعلم بالإذن حتى كلمه حنث)، وبه قال مالك، وأحمد، والشافعي في وجه؛ لأن الإذن من الأذان الذي هو إعلام لغةً، قال تعالى: ﴿وَأَذَٰنٞ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦٓ﴾ [التوبة:٣]، أي: إعلام، وإن سمي الكلام إذنًا؛ لأنه يقع في الأذن الذي هو طريق العلم بالمسموعات، وكل ذلك لا يحصل إلا بالسماع.

فإن قيل: [٥٥٧/أ] لو أذن لعبده والعبد لا يعلم؛ صح الإذن، حتى لو علم

---

(١) المحيط البرهاني لابن مازة (٤/ ٢٣٦).

لِأَنَّ الإِذنَ مُشتَقٌّ مِن الأَذَانِ الَّذِي هُوَ الإِعلَامُ، أَو مِن الوُقُوعِ فِي الإِذنِ، وَكُلُّ ذَلِكَ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِالسَّمَاعِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَحنَثُ، لِأَنَّ الإِذنَ هُوَ الإِطلَاقُ، وَأَنَّهُ يَتِمُّ بِالآذِنِ كَالرِّضَا. قُلنَا: الرِّضَا مِن أَعمَالِ القَلبِ، وَلَا كَذَلِكَ الإِذنُ عَلَى مَا مَرَّ(*).

قَالَ: (وَإِن حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ شَهرًا فَهُوَ مِن حِينِ حَلَفَ) لِأَنَّهُ لَو لَم يَذكُر الشَّهرَ لَتَأَبَّدَ اليَمِينُ فَذَكَرَ الشَّهرَ لِإِخرَاجِ مَا وَرَاءَهُ فَبَقِيَ الَّذِي يَلِي يَمِينَهُ دَخلا عَمَلًا بِدَلَالَةِ حَالِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: وَاللَّهِ لَأَصُومَنَّ شَهرًا، لِأَنَّهُ لَو لَم يَذكُر الشَّهرَ لَم تَتَأَبَّد اليَمِينُ فَكَانَ

يصير مأذونًا - ذكره في تتمة الفتاوى - علم أن الإذن لا يحتاج إلى العلم.

قلنا: إذن العبد فك الحجر في حق العبد وهو يتصرف بأهلية نفسه فيثبت بمجرد الإذن، وأما في اليمين حرم كلامه إلا بإذنه فصار الإذن مثبتًا لإباحة الكلام فلا بدَّ من الإعلام لذلك.

وعند أبي يوسف لا يشترط العلم، وبه قال الشافعي في الأظهر؛ لأن الإثم هو الإطلاق، وغرضه أن لا يتكلم إلا بإذنه ورضاه، وفي الرضا لا يشترط العلم فكذا هاهنا.

قوله: (على ما مرَّ)، وهو قوله: **(أن الإذن مشتق)** إلى قوله: **(وكل ذلك لا يتحقق إلا بالسماع)**.

قوله: (عملًا بدلالة حاله)؛ أي: حال الحالف، وهو الغيظ الذي لحقه منه في الحالة، ولأنه لما أخرج ما وراءه بقي الشهر متصلًا بالإيجاب بحكم أصله لا بحكم الاسم؛ لأن اسم الشهر نكرة لا يتناول عينًا بحال.

ومثله لو قال: إن تركت الصوم شهرًا، أو كلامه شهرًا، أو: إن لم أساكنه شهرًا فكذا؛ فإنه يتناول شهرًا من حين حلف؛ لأن ترك الصوم، أو الكلام، أو المساكنة مطلقًا يتناول الأبد، فصار ذكر الوقت لإخراج ما وراءه فوجب الوصل، وكذا الإجارة لأن إطلاقها يتناول الأبد وكذا الآجال.

(لأنه) أي: لأن الحالف **(لو لم يذكر الشهر لتأبد اليمين)**؛ لأن الصوم يقع

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

ذِكرُهُ لِتَقدِيرِ الصَّومِ بِهِ وَأَنَّهُ مُنكَّرٌ فَالتَّعِيينُ إِلَيهِ (وَإِن حَلَفَ لَا يَتَكَلَّمُ فَقَرَأَ القُرآنَ فِي صَلَاتِهِ لَا يَحنَثُ. وَإِن قَرَأَ فِي غَيرِ صَلَاتِهِ حَنِثَ) وَعَلَى هَذَا التَّسبِيحُ وَالتَّهلِيلُ وَالتَّكبِيرُ، وَفِي القِيَاسِ: يَحنَثُ فِيهِمَا وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ، لِأَنَّهُ كَلَامٌ حَقِيقَة. وَلَنَا: أَنَّهُ فِي الصَّلَاةِ لَيسَ بِكَلَامٍ عُرفًا وَلَا شَرعًا، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِنَّ صَلَاتَنَا هَذِهِ لَا يَصلُحُ فِيهَا شَيءٌ

عن الإمساك ساعةً لغةً وشرعًا، فصار الوقت لمدة وتقدير الصوم به.

(**وَأَنَّهُ**) أي: الشهر (**مُنَكِّرٌ**) فإليه تعيينه، وبخلاف قوله: إن لم أصُم شهرًا؛ لأن نفي مطلق الصوم يتناول الأبد؛ لأنه عدمي فيستغرق، وقوله: لأصومن شهرًا فلا يتناول الأبد، إليه أشير في الفوائد الظهيرية، والتمرتاشي.

قوله: (وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير)؛ يعني: إن كان في الصلاة وخارج الصلاة حنث.

(**وفي القياس يحنث فيهما**) أي في الصلاة وخارج الصلاة، يعني بالتسبيح وأختيه، وهو قول الشافعي وعنده لا يحنث بقراءة القرآن فيهما، وبه قال أحمد.

وجه القياس أن التسبيح وأختيه كلام لغةً وهو ظاهرٌ، وكذا شرعًا، قال عليه السلام: «**إن الله تعالى اختار من الكلام أربعًا هنَّ من القرآن وليس بقرآن: سبحان الله، والحمد لله، ولا إله إلا الله، والله أكبر**»(١).

وجه الاستحسان أن هذا لا يسمَّى كلامًا عرفًا، خصوصًا في الصلاة؛ لقوله عليه السلام: «**إن الله تعالى يحدث من أمره ما يشاء وإن مما أحدث ألا يتكلم في الصلاة**» متفق عليه(٢)، ولم يفهم منه ترك القراءة والتسبيح والتهليل والتكبير، ولأن الكلام حرام في الصلاة وهذا مباح.

---

(١) أخرجه البزار (١٠/ ٣٨ رقم ٤١٠٠) من أبي الدرداء حديث رضي الله عنه.
قال البزار: معاوية بن يحيى لَيِّن الحديث، وقال الهيثمي: رواه الطبراني، والبزار بنحوه، وفيه معاوية بن يحيى الصدفي، وهو ضعيف، وما روى عنه إسحاق بن سليمان الرازي أضعف، وهذا منه. مجمع الزوائد (١٠/ ٨٨).

(٢) أخرجه أبو داود (١/ ٢٤٣ رقم ٩٢٤)، والنسائي (٣/ ١٩ رقم ١٢٢١)، وابن حبان (٦/ ١٥ رقم ٢٢٤٣) من حديث ابن مسعود رضي الله عنه.
وعلقه البخاري قبل حديث (٩/ ١٥٢) قبل حديث (٧٥٢٢).

مِن كَلَامِ النَّاسِ» وَقِيلَ: فِي عُرفِنَا لَا يَحنَثُ فِي غَيرِ الصَّلَاةِ أَيضًا، لِأَنَّهُ لَا يُسَمَّى مُتَكَلِّمًا، بَل قَارِئًا وَمُسَبِّحًا (وَلَو قَالَ: يَومَ أُكَلِّمُ فلانًا فامرَأَته طَالِقٌ، فَهُوَ عَلَى اللَّيلِ وَالنَّهَارِ) لِأَنَّ اسمَ اليَومِ إِذَا قُرِنَ بِفِعلٍ لَا يَمتَدُّ يُرَادُ بِهِ مُطلَقُ الوَقتِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥٓ﴾ [الأنفال: ١٦] وَالكَلَامُ لَا يَمتَدُّ (وَإِن عَنَى النَّهَارَ خَاصَّة ....

قوله: (وقيل في عرفنا) إلى آخره، قال شيخ الإسلام: لا يحنث خارج الصلاة إذا سبَّح وهلل أو كبر؛ لانصراف يمينه إلى كلام الناس، وعليه الفتوى، وبه قال أحمد.

وقال أبو الليث: لو عقد يمينه بالفارسية لا يحنث بالتسبيح، والتهليل، والتكبير، وعليه الفتوى.

قوله: (والكلام لا يمتد)، قال شيخي رحمه الله: الصحيح أن يقال: والطلاق مما لا يمتد؛ لأن الكلام مما يمتد، يقال: كلمته يومًا، ولأن اعتبار المظروف أولى من اعتبار المضاف إليه، كما في قولك: أمرُكِ بيدكِ يوم يقدم فلان.

وقيل: أراد به الكلام الذي ينتفي به البر فإنه يحنث بأي كلام، تكلم بكلمة، أو بكلمتين، أو بكلمات.

وعن العلامة مولانا حُميد الدين رحمه الله: أن الكلام منوع أخبار واستخبار، وأمر ونهي، وإنشاء، فلا يحمل على الكلام المُطلق أنه ممتد.

وفي الفوائد الخبازية: الكلام عَرَض، والعرض لا يقبل الامتداد لذاته، بل بتجدد الأمثال كالضرب، والجلوس، والركوب وغير ذلك؛ لأن الثاني مثل الأول صورة ومعنى فجعل كالعين الممتد، أما الكلام الثاني مثل الأول صورة ومعنى فجعل كالعين الممتد، أما الكلام الثاني يفيد معنى غير ما يفيده الأول فلم يستقم فيه القول بتجدد الأمثال.

فإن قيل: يشكل بما لو قال: والله لا أكلم فلانًا اليوم ولا غدًا ولا بعد غد، فكلمه ليلًا لا يحنث؛ لأن الليل لم يدخل، وبه قال الشافعي.

وكذا لو قال: في كل يوم، لم تدخل الليلة، والمسألتان في التتمة.

دُيِّنَ فِي القَضَاءِ) لِأَنَّهُ مُستَعمَلٌ فِيهِ أَيضًا. وَعَن أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ لَا يُدَيَّنُ فِي القَضَاءِ(*) لِأَنَّهُ خِلَافُ المُتَعَارَفِ (وَلَو قَالَ: لَيلَةَ أُكَلِّمُ فُلَانًا، فَهُوَ عَلَى اللَّيلِ خَاصَّة) لِأَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِي سَوَادِ اللَّيلِ كَالنَّهَارِ لِلبَيَاضِ خَاصَّة، وَمَا جَاءَ استِعمَالُهُ فِي مُطلَقِ الوَقتِ (وَلَو قَالَ: إن كَلَّمت فُلَانًا ....

قلنا: أراد باليوم النهار في المسألة الأولى بدلالة إعادة حرف النفي عند ذكر الغد، وإلا لا يكون لذكره فائدة، حتى لو قال: لا أكلمه اليوم وغدًا وبعد غد تدخل الليلة، وبه قال الشافعي، فصار بمنزلة قوله: لا أكلمه ثلاثة أيام.

وفي المسألة الثانية ذكر كلمة: في كل يوم لتجديد الكلام، على ما ذكر في قوله: (أنتِ طالق في [٥٥٧/ب] كل يوم)، والتجديد إنما يتحقق أن لو لم يكن اليوم بمطلق الوقت النهار خاصة.

(دِينَ) أي: صُدّق **(في القضاء)**؛ لأنه نوى حقيقته، وفي رواية: لا يصدق قضاءً؛ لأنه نوى التخصيص في كلامه، وفيه تخفيفٌ عليه.

وقول صاحب الكتاب: **(مستعمل فيه أيضًا)** يعني حقيقة مستعملة، أو مشترك بين بياض النهار ومطلق الوقت.

قوله: **(لأنه)** أي: بالليل، وفي بعض النسخ: (لأنها) أي الليلة.

وفي المبسوط: الليل ضد النهار، قال تعالى: ﴿ٱلَّذِى جَعَلَ ٱلَّيۡلَ وَٱلنَّهَارَ خِلۡفَةً﴾ [الفرقان:٦٢]، كما أن النهار مختص بزمان الضياء فكذا الليل يختصُّ بزمان الظلمة والسواد، وما جاز استعماله في مطلق الوقت[١].

فإن قيل: قد قال قائلهم:

وكنا حَسِبْنا كلَّ سوادٍ نمرةً ... ليالِيَ لاقينا الحدَّ ثمَّ حِمْيَرا

والمراد بها الوقت.

قلنا: هذا القائل ذكر الليالي بعبارة الجمع، وذكر أحد العددين بعبارة الجمع يقتضي ما بإزائه من العدد الآخر، وذلك أصل آخر، وكلامنا في المذكور بعبارة الفرد، كذا ذكره في جامع شمس الأئمة.

(*) **الراجح**: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٩).

إِلَّا أَن يَقدُمَ فُلَانٌ، أَو قَالَ: حَتَّى يَقدُمَ فُلَانٌ، أَو قَالَ: إِلَّا أَن يَأذَنَ فُلَانٌ أَو حَتَّى يَأذَنَ فُلَانٌ، فَامرَأَتُهُ طَالِقٌ فَكَلَّمَهُ قَبلَ القُدُومِ وَالإِذنِ حَنِث، وَلَو كَلَّمَهُ بَعدَ القُدُومِ وَالإِذنِ لَم يَحنَث) لِأَنَّهُ غَايَةٌ وَاليَمِينُ بَاقِيَةٌ قَبلَ الغَايَةِ وَمُنتَهِيَةٌ بَعدَهَا فَلَا يَحنَثُ بِالكَلَامِ بَعدَ انتِهَاءِ اليَمِينِ (وَإِن مَاتَ فُلَانٌ سَقَطَت اليَمِينُ) خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ(*)، لِأَنَّ المَمنُوعَ عَنهُ كَلَامٌ يَنتَهِي بِالإِذنِ وَالقُدُومِ، وَلَم يَبقَ بَعدَ المَوتِ مُتَصَوَّرُ الوُجُودِ فَسَقَطَت اليَمِينُ. وَعِندَهُ: التَّصَوُّرُ لَيسَ بِشَرط، فَعِندَ سُقُوطِ الغَايَةِ تَتَأَبَّدُ اليَمِينُ.

(وَمَن حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ عَبدَ فُلَان ....

قوله: (لأنه غاية) أما في كلمة (حتى) فظاهر، وكذا (الآن)، وإن جاء بمعنى الشرط في قوله: (أنت طالق إلا أن يقدم فلانٌ)؛ فهو بمنزلة: إن لم يقدم فلان؛ لأن (إلا أن) حقيقة للاستثناء، والاستثناء متعذر لعدم المجانسة بين الطلاق والقدوم فحمل على الشرط؛ لأن الطلاق مما لا يحتمل التأقيت، وما نحن فيه يمين يحتمل التأقيت فيُحمل على الغاية؛ لمناسبة بين الغاية والاستثناء من حيث إن حكم ما بعدهما مخالفٌ بحكم ما قبلهما، إليه أشير في الفوائد الظهيرية.

وإنما يحمل (على إن لم يقدم) في مسألة الطلاق لا (على إن قدم)؛ لأنه جعل القدوم راجعًا للطلاق فيكون القدوم عَلَمًا على الوقوع.

قوله: (وإن مات فلان) أي: فلان الذي أسند إليه القدوم **في قوله: (إلا أن يقدم)**، ولم يبق بعد الموت يتصور الوجود.

فإن قيل: إعادة الحيلة ممكن فيكون ممكنًا فينبغي أن لا يسقط.

قلنا: لو أحياه الله تعالى تكون الحياة الثانية غير الأولى؛ لأنها عَرَض فلا يُتصَوَّرُ إعادتها بحقيقة. ولو قيل: إعادة عين الروح ممكن، قلنا: الحياة غير الروح؛ لأنه تعالى حي وليس له روح، كذا نقل عن العلامة مولانا حميد الدين رحمه الله، وقد مرَّ هذا البحث في مسألة الكوز.

قوله: (ومن حلف لا يكلم عبد فلان) إلى آخره، الأصل في جنس هذه المسائل أنه متى عقد يمينه على فعل في محل منسوب إلى الغير بالملك يراعى

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

وَلَم يَنوِ عَبدًا بِعَينِهِ، أَو امرَأَةَ فُلَان، أَو صَدِيقَ فُلَان فَبَاعَ فُلَانٌ عَبدَهُ، أَو بَانَت مِنهُ امرَأَتُهُ أَو عَادَى صَدِيقَهُ فَكَلَّمَهُم لَم يَحنَث) لِأَنَّهُ عَقَدَ يَمِينَهُ عَلَى فِعل وَاقِع فِي مَحَلٍّ مُضَاف إِلَى فُلَان، إِمَّا إِضَافَةُ مِلك أَو إِضَافَةُ نِسبَة وَلَم يُوجَد فَلَا يَحنَثُ، قَالَ هَذَا فِي إِضَافَةِ المِلكِ بِالِاتِّفَاقِ وَفِي إِضَافَةِ النِّسبَةِ عِندَ مُحَمَّد يَحنَثُ كَالمَرأَةِ

للحنث وجود النِسبة وقت وجود المحلوف عليه ولا معتبر بالنسبة وقت اليمين إذا لم يوجد وقت وجود الفعل المحلوف عليه وإن كان منسوبًا إلى الغير؛ لا بالملك يراعى وجود النسبة وقت اليمين، ولا معتبر بالنسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه.

مثال الأول: ما إذا حلف لا يدخل دار فلان، أو لا يكلم عبده، أو لا يركب دابته، أو لا يأكل طعامه، أو لا يلبس ثوبه، فإذا زال الملك ووجد الدخول، أو الكلام، أو الركوب، أو اللبس لا يحنث، ولو اشترى دارًا أخرى ودخلها؛ يحنث اعتبارًا للنسبة وقت الحنث.

ومثال الثاني: ما لو حلف لا يكلم زوجة فلان، أو صديقه، فأبانها وعادى صديقه، وتزوَّج امرأة أخرى واتخذ صديقًا آخر، فلو كلم الأول يحنث، ولو كلَّم الثاني لا يحنث اعتبارًا للنسبة وقت اليمين.

ووجه الفرق أن في الفصل الأول الحامل في اليمين معنى في الملك؛ لأن هذه الأشياء مما لا تعادى عادةً، وفي الفصل الثاني معنى في هؤلاء؛ لأن هؤلاء مُنجَّزٌ وتعادى عادةً لمعنى فيهم؛ لأن الأذى متصور منهم.

فإن قيل: هذا يشكل بعبدِ فلان فإن الأذى متصور منه كما في هؤلاء.

قلنا: ذكر ابن سماعة في نوادره أن في العبد يحنثُ عند أبي حنيفة لهذا.

وجه ظاهر الرواية أن العبد مملوكٌ ساقط الاعتبار عند الأحرار ملحق بالجمادات؛ ولهذا يباع في الأسواق كالبهائم، فالظاهر أنه إذا كان الأقوى لا يقصد هجرانه باليمين؛ بل يقصد سيده، كذا في المبسوط[1]، والذخيرة.

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٨/ ١٦٥).

وَالصَّدِيقِ(*). قَالَ فِي الزِّيَادَاتِ: «لِأَنَّ هَذِهِ الإِضَافَةِ لِلتَّعرِيفِ، لِأَنَّ المَرأَةَ وَالصَّدِيقَ مَقصُودَانِ بِالهِجرَانِ فَلَا يُشتَرَطُ دَوَامُهَا فَيَتَعَلَّقُ الحُكمُ بِعَينِهِ كَمَا فِي الإِشَارَةِ». وَوَجهُ مَا ذُكِرَ هَاهُنَا وَهُوَ رِوَايَةُ الجَامِعِ الصَّغِيرِ: أَنَّهُ يُحتَمَلُ أَن يَكُونَ غَرَضُهُ هِجرَانَهُ لِأَجلِ المُضَافِ إِلَيهِ، وَلِهَذَا لَم يُعَيِّنهُ فَلَا يَحنَثُ بَعدَ زَوَالِ الإِضَافَةِ بِالشَّكِّ (وَإِن كَانَت يَمِينُهُ عَلَى عَبد بِعَينِهِ بِأَن قَالَ: عَبدُ فُلَان هَذَا أَو امرَأَةُ فُلَان بِعَينِهَا أَو صَدِيقُ فُلَان بِعَينِهِ لَم يَحنَث فِي العَبدِ وَحَنِثَ فِي المَرأَةِ وَالصَّدِيقِ، وَهَذَا قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَحنَثُ فِي العَبدِ أَيضًا)(**) وَهُوَ قَولُ زُفَرَ (وَإِن حَلَفَ: لَا يَدخُلُ دَارَ فُلَان هَذِهِ فَبَاعَهَا ثُمَّ دَخَلَهَا فَهُوَ عَلَى هَذَا الِاختِلَافِ) وَجهُ قَولِ مُحَمَّد وَزُفَرَ: أَنَّ الإِضَافَةَ لِلتَّعرِيفِ، وَالإِشَارَةَ أَبلَغُ مِنهَا فِيهِ

(فلا يشترط دوامها) أي: دوام إضافة المرأة إلى الزوج، وإضافة الصديق إلى فلان؛ لأن الإضافة للتعريف لا لتقييد اليمين؛ لأن الحر يهجرُ قصدًا.

قوله: (وهو قول زفر)، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد.

قوله: (على هذا الاختلاف) أي: لا يحنث عندهما، ويحنث في قول محمد وزفر، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد. ثم هذا الاختلافُ فيما إذا لم يكن له نية، أما لو نوى أن لا يدخلها [٥٥٨/أ] وإن زالت الإضافة فعلى ما نوى؛ لأنه شدد الأمر على نفسه، وكذا عن محمد لو نوى أن لا يدخلها ما دامت لفلان فعلى ما نوى؛ لأنه من محتملاته، ذكره في المبسوط(١).

قوله: (والإشارة أبلغ منها) أي: من الإضافة، (فيه) أي: في التعريف؛ لأن في الإشارة لا يشاركه غير المشار، وفي الإضافة يشاركه غيره؛ لأنه يحتمل أن يكون لذلك الفلان عبيد ودورٌ أخر؛ لأن هذه الأعيان العبد والدابة والدار لا تهجَر ولا تعادَى لذواتها.

فإن قيل: يحتمل أن تعادَى لذاتها على ما قيل، وجاء في الخبر: «**الشؤم في الثلاث، في الدار، والمرأة، والفرس**»(٢).

(*) الراجح: قول الشيخين.

(**) الراجح: قول الشيخين.

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٨/ ١٦٥).

(٢) أخرجه البخاري (٤/ ٢٩ رقم ٢٨٥٨)، ومسلم (٤/ ١٧٤٦ رقم ٢٢٢٥) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنه.

لِكَونِهَا قَاطِعَة لِلشَّركَةِ، بِخِلَافِ الإِضَافَةِ فاعتُبِرَت الإِشَارَةُ وَلُغِيَت الإِضَافَةُ وَصَارَ كَالصَّدِيقِ وَالمَرأَةِ. وَلَهُمَا: أَنَّ الدَّاعِي إِلَى اليَمِينِ مَعنى فِي المُضَافِ إِلَيهِ، لِأَنَّ هَذِهِ الأَعيَانَ لَا تُهجَرُ وَلَا تُعَادَى لِذَوَاتِهَا، وَكَذَا العَبدُ لِسُقُوطِ مَنزِلَتِهِ بَل لِمَعنى فِي مُلَّاكِهَا فَتَتَقَيَّدُ اليَمِينُ بِحَالِ قِيَامِ المِلكِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَت الإِضَافَةُ إِضَافَةَ نِسبَة كَالصَّدِيقِ وَالمَرأَةِ، لِأَنَّهُ يُعَادَى لِذَاتِهِ، فَكَانَت الإِضَافَةُ لِلتَّعرِيفِ وَالدَّاعِي المَعنَى فِي المُضَافِ إِلَيهِ غَيرُ ظَاهِر لِعَدَمِ التَّعيِينِ، ....

قلنا: ذاك احتمال لم يقترن به العُرف والعادة، فإن في العادة لا تعادَى لذاتها بل بسبب آخر، وهو غير معلوم، وفيما نحن فيه تهجر بسبب ملاكها عرفًا وهو ظاهر فكان أولى.

قوله: (**لعدم التعيين**) يعني: الداعي إلى المعنى الذي في المضاف إليه غير متعين للهجران؛ لأنه يُهجَر لذاته لما ذكرنا أن الهجر عادة لعينة وقد يهجرُ لغيره، وإذا جمع بين الإضافة والإشارة تعين الهجران لعينه، ولأن في اعتبار الهجران لغيره لغت الإشارة.

(**بخلاف الإضافة**)، وهي مسألة العبد لما ذكرنا من تعين الهجران من جهة الإضافة.

وأما **قوله**: (**وَلُغِيَتْ الإضافة**) فليس كذلك فإن الإضافة إنما تلغو إذا لم يكن فيه فائدة أخرى غير التعريف، وفي إضافة الملك فائدة أخرى غير التعريف وهو هجران صاحبها لجواز أن الحامل على يمينه غيظ لحقه من جهة المالك فيعتبران، ويكون شرط الحنث الفعل الواقع في عين مملوكه لفلان ولم يوجد فلا يحنث.

ولا يحنث إن تجدد الملك في الأشياء إجماعًا بأن اشترَى فلان طعامًا آخر، ودارًا أو ثوبًا، أو عبدًا آخر إجماعًا؛ لما ذكرنا أن شرط حنثه عين مشار إليه مملوكه لفلان، وفي غير المشار وهي مسألة المتقدم يحنث بالفعل المتقدم كما ذكرنا.

وعن أبي يوسف: لا يحنث في المتجدد ملكًا في الدار؛ لأن الملك لا

بِخِلَافِ، مَا تَقَدَّمَ قَالَ: (وَإِن حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ صَاحِبَ هَذَا الطَّيلَسَانِ فَبَاعَهُ ثُمَّ كَلَّمَهُ حَنِثَ) لِأَنَّ هَذِهِ الإِضَافَةَ لَا تَحتَمِلُ إِلَّا التَّعرِيفَ، لِأَنَّ الإِنسَانَ لَا يُعَادَى لِمَعنى فِي الطَّيلَسَانِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا أَشَارَ إِلَيهِ (وَمَن حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ هَذَا الشَّابَّ فَكَلَّمَهُ وَقَد صَارَ شَيخًا حَنِثَ) لِأَنَّ الحُكمَ تَعَلَّقَ بِالمُشَارِ إِلَيهِ، إذ الصِّفَةُ فِي الحَاضِرِ لَغوٌ، وَهَذِهِ الصِّفَةُ لَيسَت بِدَاعِيَة إِلَى اليَمِينِ عَلَى مَا مَرَّ مِن قَبلُ.

يستحدث فيها عادة فهي آخر ما يباع، وأول ما يشترى عادة، فتقيدت اليمين المضافة إليها بالقائمة في ملكه وقت الحلف.

وعنه في رواية: يتقيد اليمين في الجميع بالقائم في ملكه وقت الحلف، ولهما أن اللفظ مطلق فيجري على إطلاقه ولا يقيّد، والعرف مشترك فإن الدار قد تباع وتشترى مرارًا فلا يصلح مقيدًا.

وفي مسألة الصديق والزوجة لو كلم في المستحدث بعد اليمين ينبغي أن يحنث عندهما في غير المشار لتعيين الهجران باعتبار الإضافة عند ترك الإشارة، وعند محمد لا يحنث؛ لأن الإضافة للتعريف فيتناوَل من كان صديقُه وزوجته عند الحلف لا غير.

قوله: (ثم كلمه)؛ أي: صاحب الطيلسان حنث بالإجماع؛ لأن الإنسان لا يمتنع عن كلام صاحب الطيلسان لأجل الطيلسان، فكانت الإضافة للتعريف فصار كما إذا أشار إلى صاحب الطيلسان فتعلقت اليمين به، وإن كلم المشتري لا يحنثُ لما بينّا.

والطيلسان تعريب: بلسان، وجمعه طيالسة، والهاء في الجمع للعُجمة؛ لأنه فارسيٌ معرب وهو من لسان العجم، مُدوَّر أسود.

وفي جمع التفاريق: الطيالسة لُحمتها وسُداها صوف، كذا في الصحاح[1]، والمغرب[2].

قوله: (وهذه الصفة ليست بداعية إلى اليمين) جوابٌ عن سؤال يرد على ما

---

(١) الصحاح تاج اللغة للجوهري (٣/ ٩٤٤).

(٢) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٢٩٢).

فَصْلٌ: [اليَمِينُ المُتَعَلِّقُ بالزَّمَانِ]

قَالَ: (وَمَن حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ حِينًا أَو زَمَانًا أَو الحِينَ أَو الزَّمَانَ، فَهُوَ عَلَى سِتَّةِ أَشهُر) لِأَنَّ الحِينَ قَد يُرَادُ بِهِ الزَّمَانُ القَلِيلُ وَقَد يُرَادُ بِهِ أَربَعُونَ سَنَة، قَالَ اللَّهُ

ذكر قبله: لو حلف لا يأكل هذا الرطب فأكله بعدما صار تمرًا لا يحنث مع أن الصفة في الحاضر لغو.

فأجاب عنه بقوله: وهذه الصفة ليست بداعية، يعني: الصفة الداعية إلى اليمين تعتبر في الحاضر والغائب، وهاهنا غير داعية، وقد مرَّ في مسألة: لا يأكل لحم هذا الجمل.

فصل

ذكر الفصل ولم يذكر الباب؛ لما أن الفصل يدل على التبعية، ومسائل هذا الفصل في الكلام أيضًا إلا إنها متعلق بالزمان وما قبلها بالأعيان، والأعيان أصل والأزمان تابع له.

قوله: (أو الحين أو الزمان) يعني: لا يتفاوت بين ذكرهما معرّفًا أو منكرًا في إرادة ستة أشهر، وبه قال أحمد.

وقال الشافعي: أدنى مدة وهي ساعة؛ لأنه ثابتٌ بيقين، وقال مالك: يحمل على سَنَة، قال تعالى: ﴿تُؤْتِيٓ أُكُلَهَا كُلَّ حِينِۭ بِإِذْنِ رَبِّهَاۗ﴾ [إبراهيم:٢٥]، والمراد به السَّنَة، ولأنه الوسط من المدة.

وقلنا: المراد من قوله: ﴿كُلَّ حِينِۭ﴾ ستة أشهر فكان هو الوسط، كذا قاله ابن عباس؛ لأن من حين يخرج الطلع إلى أن يدرك الثمر ستة أشهر، [٥٥٨/ب] فكان هو الوسط، فعند الإطلاق يُحمل على الوسط، فخير الأمور أوساطها، ولأنا نعلم أنه لم يُرِد الساعة فإنه إذا قصد المماطلة ساعة واحدة لا يحلف على ذلك، ذكره في المبسوط[١].

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٦).

تَعَالَى: ﴿هَلْ أَتَىٰ عَلَى ٱلْإِنسَٰنِ حِينٌ مِّنَ ٱلدَّهْرِ﴾ [الإنسان: ١] وَقَد يُرَادُ بِهِ سِتَّةَ أَشهُر، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿تُؤْتِىٓ أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍۭ﴾ [إبراهيم: ٢٥] وَهَذَا هُوَ الوَسَطُ فَيَنصَرِفُ إِلَيهِ، وَهَذَا لِأَنَّ اليَسِيرَ لَا يُقصَدُ بِالمَنعِ لِوُجُودِ الِامتِنَاعِ فِيهِ عَادَة، وَالمُؤَبَّدُ لَا يُقصَدُ غَالِبًا، لِأَنَّهُ بِمَنزِلَةِ الأَبَدِ، وَلَو سَكَتَ عَنهُ يَتَأَبَّدُ فَيَتَعَيَّنُ مَا ذَكَرنَا.

وَكَذَا الزَّمَانُ يُستَعمَلُ استِعمَالَ الحِينِ، يُقَالُ: مَا رَأَيتُكَ مُنذُ حِين وَمُنذُ زَمَان بِمَعنًى، وَهَذَا إِذَا لَم تَكُن لَهُ نِيَّةٌ، أَمَّا إِذَا نَوَى شَيئا فَهُوَ عَلَى مَا نَوَى، لِأَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلَامِهِ (وَكَذَلِكَ الدَّهرُ عِندَهُمَا. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: الدَّهرُ لَا أَدرِي مَا هُوَ)(*)

(ولو سكت عنه) أي: عن ذكر الحين (يتأبد) أي: يقع يمينه على الأبد، فتعين ما ذكرناه وهو الوسط؛ لما ذكرنا أنه لم يُرِدْ ساعة، وكذا أربعين سنة؛ لأنه لو أراد ذلك لسكت عن ذكر الحين حتى يتأبد؛ لأنها في معنى الأبد في المتعارف.

قوله: (وهذا) أي: هذا الخلاف، أي: الحمل على ستة أشهر إذا لم تكن له نية، وإن كانت فَعَلَى ما نوى.

قوله: (وكذلك الدهر عندهما) يحمل على ستة أشهر، وعند الشافعي يحمل الدهر والزمان والعصر على أدنى مدة، وبه قال أحمد.

وعند مالك على سنة، وقال أبو حنيفة: لا أدري ما الدهر؛ لأن الناس يستعملونه بمعنى الحين، والزمان بمعنى الأبد.

ألا ترى أن معرفة على الأبد بخلاف الحين؛ لأن معرِّفهما ومنكرهما سواء، يقال: فلان دُهري - بضم الدال - إذا كان مُعَمِّرًا، ودَهري - بالفتح - إذا قال بالدهر وأنكر الصانع، قال تعالى حكاية عنهم: ﴿وَمَا يُهْلِكُنَآ إِلَّا ٱلدَّهْرُ﴾ [الجاثية: ٢٤]، فكان محملًا ولم يقف على مرادِ المتكلم، والترجيح بلا دليل لا يجوز، فكان قوله: **(لا أدري)** من تمام وكمال علمه وورعه.

وروي [أن](١) ابن عمر سُئِل عن شيء، فقال: لا أدري، ثم قال بعد ذلك: طُوبى لابن عمر سُئِل عن شيء ولا يدري فقال: لا أدري.

(*) الراجح: قول الصاحبين.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

وَهَذَا الِاختِلَافُ فِي الْمُنَكَّرِ، وَهُوَ الصَّحِيحُ، أَمَّا الْمُعَرَّفُ بِالأَلِفِ وَاللَّامِ يُرَادُ بِهِ

وقيل: إنما قال[(١)]: (لا أدري) حفظًا للسانه عن الكلام في معنى الدهر، فقد جاء في الحديث أنه عليه السلام قال: «**لا تسبّوا الدهر فإن الله هو الدهر**»[(٢)]، معناه أنه خالق الدهر.

وقد جاء في حديث آخر أنه عليه السلام قال حكايةً عن الله تعالى: «**استقرضتُ من عبدي فأبَى أن يقرضني وهو يَسبُّني لا يدري يسب الدهر ويقول وادهراه وإنما أنا الدهر**»[(٣)]، وكما رُوي أنه عليه السلام سُئِل عن خير البقاع؟ فقال: «**لا أدري حتى أسأل جبريل عليه السلام**»، فسأل جبريل فقال: «**لا أدري حتى أسأل ربي جل وعلا**»، فصعد ثم نزل، فقال: «**سألت فقال الله تعالى: خير البقاع مساجدُها، وخير أهلها من يكون أول الناس دُخولًا وآخرهم خروجًا**»[(٤)]، فعرفنا أن التوقف في مثل هذا من الكمال لا من النقصان كذا في المبسوط[(٥)]، وجامِعَيْ فخر الإسلام وقاضي خان.

ولو قال: لا أكلمهم حقبًا فهو على ثمانين سنة عندنا وأحمد، وعند مالك على أربعين سنة، وعند الشافعي على جميع العمر.

قوله: (هو الصحيح) احتراز عن رواية بشر عن أبي حنيفة أن المعرف والمنكر سواء في جواب التوقف.

فإن قيل: ذكر في الجامع الكبير: وأجمعوا فيمن قال: إن كلمتك دهورًا،

---

(١) أي: أبو حنيفة رحمه الله.

(٢) أخرجه البخاري (٨/ ٤١ رقم ٦١٨٢)، ومسلم (٤/ ١٧٦٣ رقم ٢٢٤٦) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) أخرجه أحمد (٢/ ٣٠٠ رقم ٧٩٧٥)، وابن خزيمة (٤/ ١١٣ رقم ٢٤٧٩)، والحاكم (١/ ٤١٧ رقم ١٥٢٦) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه.

(٤) أخرجه الحارث بن أبي أسامة في مسنده - كما في بغية الباحث (١٢٤)، والحاكم (١/ ٩٠ رقم ٣٠٦)، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، بنحوه.
قال الهيثمي: رواه الطبراني في الكبير، وفيه عطاء بن السائب وهو ثقة، ولكنه اختلط في آخر عمره، وبقية رجاله موثقون. مجمع الزوائد (٢/ ٦).

(٥) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٧).

الأَبَدُ عُرفًا. لَهُمَا: أَنَّ دَهرًا يُستَعمَلُ استِعمَالَ الحِينِ وَالزَّمَانِ، يُقَالُ: مَا رَأَيتُك مُنذُ حِين وَمُنذُ دَهر بِمَعنَى، وَأَبُو حَنِيفَةَ تَوَقَّفَ فِي تَقدِيرِهِ، لِأَنَّ اللُّغَاتِ لَا تُدرَكُ قِيَاسًا، وَالعُرفُ لَم يُعرَف استِمرَارُهُ لِاختِلَاف فِي الِاستِعمَالِ (وَلَو حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ أَيَّامًا فَهُوَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّام) لِأَنَّهُ اسمُ جَمع ذُكِرَ مُنكَّرًا فَيُتَنَاوَلُ أَقَلَّ الجَمعِ وَهُوَ الثَّلَاثُ. وَلَو حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ الأَيَّامَ فَهُوَ عَلَى عَشَرَةِ أَيَّام عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: عَلَى أَيَّامِ الأُسبُوعِ(*). وَلَو حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ الشُّهُورَ ....

أو أزمنة، أو شهورًا، أو سنين، أو جمعًا، أو أيامًا يقع على ثلاثة من هذه المذكورات؛ لأنها أدنى الجمع المتفق عليه، فكيف قال أبو حنيفة: لا أدري الدهر، وقد حكم في دُهُورٍ أن أدناه ثلاثة دهور، فكل دهرٍ ستة أشهر كما هو قولهما، ومَن لا يدري معنى المفرد لا يدري معنى الجمع؛ إذِ الجمع عبارة عن ثلاثة أفراد.

قلنا: هذا تفريعٌ لمسألة الدهر على قول من يعرف الدهر، كما فرع مسائل المزارعة على قول من يرى جوازها؛ ولذلك قال بالعشرة إذا كانت يمينه بالدهور على صيغة الجمع فحُلِّي بالألف واللام كما هو أصله في السنين والشهور، إليه أشار التمرتاشي.

وقيل: إن أبا حنيفة قال: أدنى الجمع من هذه المذكورات ثلاثة، ولكن لا يلزم من هذا معرفة المراد من الدهر المنكّر؛ يعني: لو عرف المراد منه يكون المراد من الدهور ثلاثة سَنَة.

قوله: (لا يكلمه أيامًا فهو على ثلاثة أيام)؛ لأن أقل الجمع المُنكَّر.

وفي المحيط: في رواية الأصل: يقع على العشرة عند أبي حنيفة، والصحيح رواية الجامع أنه يقع على ثلاثة أيام، كما لو حلف لا يتزوج نساء ولا يشتري عبيدًا يقع على الثلاثة بلا خِلاف.

قوله: (ولو حلف لا يكلمه الشهور)؛ فهو على العشرة عند أبي حنيفة.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

فَهُوَ عَلَى عَشَرَةِ أَشهُر عِندَهُ. وَعِندَهُمَا: عَلَى اثنَي عَشَرَ شَهرا لِأَنَّ اللَّامَ لِلمَعهُودِ وَهُوَ مَا ذَكَرنَا، لِأَنَّهُ يَدُورُ عَلَيهَا. وَلَهُ: أَنَّهُ جَمعٌ مُعَرَّفٌ فَيَنصَرِفُ إِلَى أَقصَى مَا يُذكَرُ بِلَفظِ الجَمعِ وَذَلِكَ عَشَرَةٌ وَكَذَا الجَوَابُ عِندَهُ فِي الجُمَعِ وَالسِّنِينَ وَعِندَهُمَا يَنصَرِفُ إِلَى العُمُرِ، لِأَنَّهُ لَا مَعهُودَ دُونَهُ (وَمَن قَالَ لِعَبدِهِ: إِن خَدَمتَنِي أَيَّاما كَثِيرَة فَأَنتَ حُرٌّ

وفي المحيط: قال: لا أكلمه الأيام أو الشهور أو السنين أو الجمع أو الدهور، أو الأزمنة؛ فهو على العشرة عند أبي حنيفة وعندهما الأيام على الأسبوع؛ يعني: سبعة أيام والشهور على السنة، والسنة وغيرها على العمر؛ لأن اللام للعهد فإذا وجد معهود كان أحق، والسبعة معهودة في عدد الأيام، واثني عشر في عدد الشهور؛ فإن حساب الأيام والشهور يدور عليها، وليس في غيرها معهود فينصرف إلى [٥٥٩/أ] تعريف الجنس واستغراقه وهو الأبد.

وهو معنى قول المصنف: (**لا معهود دونه**)؛ أي: دون العمر.

وأبو حنيفة يقول: إن اللام للعهد كما ذكرنا، إلا أن العشرة معهودة في الجمع المُعرَّف فإنه أقصى ما يذكر بلفظ الجمع، فإنه يقال: ثلاثة أيام إلى العشرة، ثم يقال: أحد عشر يومًا فكان تعريفًا لهذا المعهود.

فإن قيل: هذا لا يستقيم في الشهور، فإنه لا يقال: ثلاثة شهور؛ بل يقال: أشهر.

قلنا: بل يقال ثلاثة شهور أيضًا كما في قوله تعالى: ﴿ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖ﴾ [البقرة:٢٢٨]، كذا في الأسرار.

فإن قيل: هذا هكذا عند اقتران العدد لا عند تجرده عنه، وقد قيل في قوله تعالى: ﴿وَتِلۡكَ ٱلۡأَيَّامُ نُدَاوِلُهَا﴾ [آل عمران:١٤٠] أيامُ الدنيا.

قلنا: اسم الجمع للعشرة وما دونها حقيقة في حالَتي الإبهام دون التعيين فكان الصرفُ إلى ما جمع في الحالتين أولى.

وقيل: يشكل هذا بقوله تعالى: ﴿وَقَطَّعۡنَٰهُمُ ٱثۡنَتَيۡ عَشۡرَةَ أَسۡبَاطًا﴾ [الأعراف:١٦٠]، وقد ذكر في الفوائد الظهيرية: لي في المسألة إشكالات:

فَالأَيَّامُ الكَثِيرَةُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ عَشَرَةُ أَيَّام) لِأَنَّهُ أَكثَرُ مَا يَتَنَاوَلُهُ اسمُ الأَيَّامِ، وَقَالَا:

منها: أن الاسم قد لا ينتهي العشرة، كما في قوله: ﴿ٱثْنَتَىْ عَشْرَةَ أَسْبَاطًا﴾ الآية، وما قال: سبطًا.

وثانيها: ينتهي إلى العشرة إذا كان مقرونًا بالعدد، كما في عشرة أيام، لا عند تجرده؛ ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿وَتِلْكَ ٱلْأَيَّامُ نُدَاوِلُهَا﴾ الآية، ولا يراد بها العشرة إجماعًا.

وثالثها: إذا قال: لا يشتري العبيد لا يتزوج النساء لا ينصرف إلى العشرة؛ بل ينصرف إلى الواحد، وكذا المساكين في قوله: لله تعالى عليَّ أن أتصدق على المساكين ينصرف إلى ستة.

ثم قال: وجواب هذه الإشكالات يأتي في الجامع إن شاء الله تعالى.

وفي الفوائد الخبازية: ولأن الزائد على العشرة أيام عند الإطلاق، ويومٌ عند اقترانه بالعدد فلم يدخل تحت الأيام التي هي اسم جنس من كل وجه.

وأما قوله: لا يتزوج النساء ولا يشتري العبيد، ينصرف إلى الواحد فرقًا بين جمع الأزمان وجمع الأعيان من وجهين:

أحدُهما: أنه تعذر الصرف إلى كل الجنس في جمع الأعيان فينصرف إلى الأدنى.

بيانه: أن معنى الجمع لو كان مرعيًّا في جمع الأعيان فالحنث في الوجود مفتقرًا إلى ذلك الفعل في كل فرد من أفراد الأزمان؛ بدليل أن من حلف لا يكلم فلانًا عشرة أيام يحنث بكلامه في يوم منها، ولو حلف لا يشتري عشرة أثواب لم يحنث بشراء ثوب واحد.

وثانيهما: أن في سائر جمع الأعيان لو نفى معنى الجمعية، وصرف ذلك اللفظ إلى عددٍ من الأعداد يبقى جمعًا منكَّرًا فيبطل حرف التعريف حينئذٍ بخلاف جميع الأزمان؛ لأنه يتعين مما يلي وقت الحلف من الزمان فلا يكون مُنكّرًا فأمكن العمل بحقيقة التعريف مع بقاء معنى الجمعية من كل وجه، فانعدمت

سَبعَةُ أَيَّام(*)، لِأَنَّ مَا زَادَ عَلَيهَا تَكرَارٌ. وَقِيلَ: لَو كَانَ اليَمِينُ بِالفَارِسِيَّةِ يَنصَرِفُ إِلَى سَبعَةِ أَيَّام، لِأَنَّهُ يُذكَرُ فِيهَا بِلَفظِ الفَردِ دُونَ الجَمعِ.

الضرورة الداعية إلى سُقوط اعتبار الجمعية، ثم عندهما في الجمع والسنين ينصرف إلى العمر كله.

وفي قوله: لا يتزوج النساء لم ينصرف إلى نساء جميع العالم؛ لأن مقصوده من اليمين المنع من التزوج، وذلك ليس في وُسْعِه فلا يمنع نفسه عنه، وهنا لو حُمِل على التكلم مدة عمره يحنث بكلام واحد فيفيد اليمين فائدته فافترقا.

وفي الكافي: وقيل تنصرف الأيام على السبعة اتفاقًا، وعند الشافعي ومالك وأحمد ينصرف إلى الثلاثة في المُنكَّر لأنه أقل الجمع في المُنكَّر، وفي الأيام المُعرَّف فعند مالك ينصرف إلى الأبد.

وقال بعض أصحابه: ينصرف إلى الأسبوع كما ذكرنا، وتحمل الشهور على اثني عشر شهرًا، وبه قال أحمد، وفي قولٍ من مالكٍ: ينصرف إلى الأبد، والسنين والجمع ينصرف إلى الأبد كقولهما، وبه قال أحمد؛ لأن الألف واللام تستغرق الجميع، وفي المُنكَّر على ثلاثة.

قوله: (ولو كان اليمين بالفارسية...)؛ (لأنه) أي: لأن الأيام **(يذكر بلفظ الفرد)**.

قال أبو اليسر في جامعه: هذا بلسانه، أما بلساننا[1] فلا يجيء هذا الاختلاف؛ بل يصرف إلى أيام الجمعة بلا خلاف، حتى لو قال لعبد: (أكرخدمت كنى مرا روزها بسيار) يراد إذا خدم سبعة أيام يعتق؛ لأن في لساننا يُستعمل في جميع الأعداد لفظة (روز)، يقال: عند اقتران العدد: (روز)، فلا يجيء ما قال أبو حنيفة من انتهاء الأيام إلى العشرة، والله أعلم.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) في الأصل: (هذا بلسانه، أما بلسانه، أما بلساننا)، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

بَابُ اليَمِينِ فِي العِتقِ وَالطَّلَاقِ

(وَمَن قَالَ لِامرَأَتِهِ: إِذَا وَلَدتِ وَلَدًا فَأَنتِ طَالِقٌ، فَوَلَدَت وَلَدًا مَيِّتًا طَلُقَت، وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ لِأَمَتِهِ: إِذَا وَلَدتِ وَلَدًا فَأَنتِ حُرَّةٌ) لِأَنَّ المَوجُودَ مَولُودٌ، فَيَكُونُ وَلَدًا حَقِيقَة وَيُسَمَّى بِهِ فِي العُرفِ، وَيُعتَبَرُ وَلَدًا فِي الشَّرعِ حَتَّى تَنقَضِيَ بِهِ العِدَّةُ، وَالدَّمُ بَعدَهُ نِفَاسٌ وَأُمُّهُ أُمُّ وَلَد لَهُ فَتَحَقَّقَ الشَّرطُ وَهُوَ وِلَادَةُ الوَلَدِ (وَلَو قَالَ: إِذَا وَلَدت وَلَدًا فَهُوَ حُرٌّ، فَوَلَدَت وَلَدًا مَيِّتًا ثُمَّ آخَرَ حَيًّا، عَتَقَ الحَيُّ وَحدَهُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يُعتَقُ وَاحِدٌ مِنهُمَا)(*)، لِأَنَّ الشَّرطَ قَد تَحَقَّقَ بِوِلَادَةِ المَيِّتِ عَلَى مَا بَيَّنَّا فَتَنحَلُّ اليَمِينُ لَا إِلَى جَزَاء، لِأَنَّ المَيِّتَ لَيسَ بِمَحَلٍّ لِلحُرِّيَّةِ وَهِيَ الجَزَاءُ. وَلِأَبِي

باب [اليمين](١) في العتق والطلاق

قدَّم هذا الباب على غيره؛ لأن الطلاق والعتاق أكثر مما يُحلف بها فكانت معرفةُ أحكامها وهو أكثر وقوعًا أَهَمَّ.

قوله: (ويعتبر ولدًا في [٥٥٩/ب] **الشرع)**، ويبعث يوم القيامة، وترجى شفاعته، قال عليه السلام: «**إن السقط ليقوم محبنطيًا** - أي: منتفخًا من الغضب والضجر- **على باب الجنة فيقول: لا أدخل حتى يدخل أبواي**»(٢)، وقد رُوي مهموزًا، وهو من احبنطيت، من: حنط، إذا انتفخ بطنه، كاستلقيت من: سلقه، إذا ألقاه على ظهره(٣).

قوله: (فَتَنْحَلُّ اليَمِينُ)، وذلك لأن الشرط ولادة مطلق الولد وقد وُجِد، وانحلال اليمين لا يتوقف على نزول الجزاء، ألا ترى لو قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنتِ طالق، فدخلتْ بعدما أبانها وانقضت عدتها ينحل اليمين لا

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة. فِي الْعِتْقِ وَالطَّلَاقِ

(٢) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٦/ ٤٤ رقم ٥٧٤٦) من حديث سهل بن حنيف رضي الله عنه.
قال الطبراني: لا يروى هذان الحديثان عن سهل بن حنيف إلا بهذا الإسناد، تفرد بهما عبد العظيم بن حبيب، وقال الهيثمي: رواه الطبراني في الأوسط، وفيه موسى بن عبيدة، وهو ضعيف. مجمع الزوائد (٣/ ١١).

(٣) قال الجوهري: [حبطأ] رجل حبنطأ، وحبنطأة وحبنطي أيضًا بلا همز: قصير سمين ضخم البطن، وكذلك المُحْبَنْطِئ يهمز ولا يهمز، ويقال: هو الممتلئ غيظًا. الصحاح تاج اللغة (١/ ٤٤).

حَنِيفَةَ: أَنَّ مُطلَقَ اسمِ الوَلَدِ مُقَيَّدٌ بِوَصفِ الحَيَاةِ، لِأَنَّهُ قَصَدَ إِثبَاتَ الحُرِّيَّةِ جَزَاء، وَهِيَ قُوَّةٌ حُكمِيَّةٌ تَظهَرُ فِي دَفعِ تَسَلُّطِ الغَيرِ، وَلَا تَثبُتُ فِي المَيِّتِ، فَيَتَقَيَّدُ بِوَصفِ الحَيَاةِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: إِذَا وَلَدت وَلَدا حَيًّا، بِخِلَافِ جَزَاءِ الطَّلَاقِ وَحُرِّيَّةِ الأُمِّ، لِأَنَّهُ لَا يَصلُحُ مُقَيِّدًا ....

إلى جزاء، وصار هذا كما إذا كان المعلق به عتق عبد آخر.

قوله: (مقيّد بِوَصْفِ الحَيَاةِ) تصحيحًا لكلامه إذا لم يقيده بها صار لغوًا، كما لو قال: إن ضربت فلانًا، يتقيد بضربه حيًّا تصحيحًا للشرط.

فأبو حنيفة يقول: شرط انحلال اليمين ولادة ولدٍ حيٍّ نظرًا إلى وصفه إياه بالحرية.

(لأنه) أي: لأن الجزاء وهو الطلاق، أو عتق الأم مستغن عن حياة الولد فيبقى مُطلقًا.

فإن قيل: لو قال: إن اشتريت عبدًا فهو حرٌّ، فاشترى عبدًا لغيره، ثم اشترى عبدًا لنفسه لا يعتق الثاني؛ لانحلال اليمين الأول، ولم تتقيد ضرورة وصفه بالحرية بالملك، مع أن الملك شرط للحرية كالحياة.

قلنا: الذي اشتراه لغيره محل للإعتاق فانحلت اليمين فلا يحتاج إلى إضمار الملك لتصحيح الكلام، فإن المشتري لغيره محل الإيجاب العتق وإن كان يتوقف نفوذه إلى إجازة المالك فلم يضمر الملك لصحة الجزاء.

أما في الميت لا يصحُّ إيجابُ العتق لا موقوفًا، ولا مُنَفَّذًا فوجب إضمار الحياة لتصحيح الكلام لا محالة، إليه أشار في جامع شمس الأئمة.

وذكر في الإيضاح: لو قال: أول عبد أُدخل عليَّ فهو حر، فأدخل عليه عبد ميت ثم عبد حيّ؛ يعتق الحيّ، ولم يذكر الخلاف.

والصحيح أنه على الاتفاق؛ لأن العبودية بعد الموت لا تبقى لزوال الرق به.

ولو قال: أول عبد أملكه فهو حر، فاشترى عبدًا ونصفًا معًا عتق التام، ولو قال: أول كُرٍّ أملكه فهو هدي، فملك كُرًّا ونصفًا لم يهد شيئًا؛ لأن النصف

(وَإِذَا قَالَ: أَوَّلُ عَبد أَشتَرِيهِ فَهُوَ حُرٌّ فَاشتَرَى عَبدًا عَتَقَ) لِأَنَّ الأَوَّلَ اسمٌ لِفَرد سَابِق (فَإِن اشتَرَى عَبدَينِ مَعا ثُمَّ آخَرَ لَم يُعتَق وَاحِدٌ مِنهُم) لِانعِدَامِ التَّفَرُّدِ فِي الأَوَّلَينِ وَالسَّبَقِ فِي الثَّالِثِ فَانعَدَمَت الأَوَّلِيَّةُ (وَإِن قَالَ: أَوَّلُ عَبد أَشتَرِيه وَحدَهُ فَهُوَ حُرٌّ عَتَقَ الثَّالِثُ) لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّفَرُّدُ فِي حَالَةِ الشِّرَاءِ، لِأَنَّ وَحدَهُ لِلحَالِ لُغَة وَالثَّالِثُ سَابِقٌ فِي هَذَا الوَصفِ (وَإِن قَالَ: آخِرُ عَبد أَشتَرِيه فَهُوَ حُرٌّ، فَاشتَرَى عَبدا ثُمَّ مَاتَ لَم يُعتَق) لِأَنَّ الآخَرَ اسمٌ لِفَرد لَاحِق وَلَا سَابِقَ لَهُ، فَلَا يَكُونُ لَاحِقًا (وَلَو اشتَرَى عَبدًا ثُمَّ عَبدًا ثُمَّ مَاتَ عَتَقَ الآخَرُ) لِأَنَّهُ فَردٌ لَاحِقٌ فَاتَّصَفَ بِالآخِرِيَّةِ (وَيُعتَقُ يَومَ اشتَرَاهُ عِندَ

يزاحم كل نصف من الكرّ؛ لأنه مع كل نصفٍ منه كرّ بخلاف نصف العبد فإنه مُتصِل بالنصف الآخر فيكمل العبد بنصفيه، كذا ذكره التمرتاشي، والمرغيناني.

قوله: (**أول عبدٍ أشتريه وحده**) إلى آخره، فإن قيل: لو قال: أول عبدٍ أملكه واحدًا لا يعتق الثالث، فما الفرق بين **قوله**: (**وحده**) وبين قوله: **واحدٌ**؟

قلنا: الفرق أن (وحده) يقتضي الانفراد في الفعل المقرون به، ونفي مشاركة غيره إياه في ذلك الفعل، ولا يقتضي الانفراد في الذات، والواحد يقتضي الانفراد في ذاته وهو الرجولية.

وإذا ثبت هذا فنقول قوله: (أملكه وحده) يقتضي التفرد في التملك، والعبد الثالث يتصف بهذه الصفة فيعتقُ، وصار كما لو قال: أول عبد أسود أملكه فهو حر، فملك أبيضين ثم أسود يعتق الأسود؛ لتعلق العتق بصفة السواد، والثالثُ متصفٌ بهذه الصفة، وقوله: أملكه واحدًا صفة العبد فيقتضي التفرد في الذات، فكان العتق متعلقًا بعبدٍ متصف بصفة التفرد في الذات، والثالث بهذه الصفة.

فإن قيل: قال في الكتاب: (أول عبد أملكه واحدًا) فوجب أن لا يحمل غير الحالي فصار نظير وحده.

قيل: لعل زيادة الألف خطأ من بعض الكُتّاب، ولأن العوام لا يميزون بين وجوه الإعراب فلم يعتبر نصبه فجعل نعتًا، ولأنه يحتمل أن يكون حالًا عن العبد، ويحتمل أن يكون حالًا من المالك؛ أي: حال كوني منفردًا فلا يعتق بالشك، إليه أشار شمس الأئمة في الجامع الكبير، وقاضي خان في جامعه.

أَبِي حَنِيفَةَ حَتَّى يُعتَبرُ مِن جَمِيعِ المَالِ، وَقَالَا: يُعتَقُ يَومَ مَاتَ)[*] حَتَّى يُعتَبَرُ مِن الثُّلُثِ، لِأَنَّ الآخِرِيَّةَ لَا تَثبُتُ إِلَّا بِعَدَمِ شِرَاءِ غَيرِهِ بَعدَهُ وَذَلِكَ يَتَحَقَّقُ بِالمَوتِ فَكَانَ الشَّرطُ مُتَحَقِّقًا عِندَ المَوتِ فَيُقتَصَرُ عَلَيهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ المَوتَ مُعَرِّفٌ فَأَمَّا اتِّصَافُهُ بِالآخِرِيَّةِ فَمِن وَقتِ الشِّرَاءِ فَيَثبُتُ مُستَنِدًا، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ تَعلِيقُ الطَّلقَاتِ الثَّلَاثِ بِهِ، وَفَائِدَتُهُ تَظهَرُ فِي جَرَيَانِ الإِرثِ وَعَدَمِهِ (وَمَن قَالَ: كُلُّ عَبد

قوله: (مات) أي: المولى.

قوله: (حتى يعتبر) أي: ذلك العتق **(من جميع المال)** إذا كان الشراء في الصحة، وعندهما يعتبر من الثلث على كل حالٍ سواء كان الشراء في الصحة أو لا.

(وذلك) أي: عدم شراء غيره **(متحققًا عند الموت)**، فكان الشرط وهو عدم شراء غيره متحققًا عند الموت فيقتصر العتق على زمان الموت، كما لو قال: إن لم أشتر عليك عبدًا فأنت حر فلم يشتر حتى مات؛ يعتق المخاطب مقصورًا على حالة الموت.

وأبو حنيفة يقول: إن الموت معرَّف لا شرط، وهو اتصافه بصفة الأخروية، وهذه الصفة حصلت له من وقت الشراء، إلا أن هذه الصفة تعرض الزوال بأن يشتري بعده [٥٦٠/أ] عشرة، فإذا مات ولم يشتر لم يوجد ما يبطلها يتبين أنه كان آخرًا من وقت الشراء فيعتق من ذلك الوقت، كما لو قال لامرأته: إن حضتِ فأنتِ طالق، أو لأمته إن حضتِ فأنتِ حرة، لا تطلق، ولا تعتق بمجرد رؤية الدم؛ لاحتمال أن ينقطع دون ثلاثة أيام، فإن استمر الدم ثلاثة أيام يحكم بوقوع الطلاق والعتاق من حين رأت الدم.

وأما قولهما: (إن صفة الآخرية[1] إنما تثبت بعدم شراء غيره بعده).

قلنا: نعم، لكن ذلك غير مذكور صريحًا فلم يجعل شرطًا، إليه أشار في جامع السرخسي.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) في الأصل: (الأخروية)، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

بَشَّرَنِي بِوِلَادَةِ فُلَانَةَ فَهُوَ حُرٌّ فَبَشَّرَهُ ثَلَاثَةٌ مُتَفَرِّقِينَ عَتَقَ الأَوَّلُ) لِأَنَّ البِشَارَةَ اسمٌ لِخَبَرٍ يُغَيِّرُ بَشَرَةَ الوَجهِ، وَيُشتَرَطُ كَونُهُ سَارًّا بِالعُرفِ، ....

وعلى هذا الخلاف إذا قال: آخر امرأة أتزوجها فهي طالق ثلاثًا، فتزوج امرأة ثم أخرى ثم مات، يقع عند الموت عندهما، ويثبت الإرث للقرار، وعنده يقع منذ تزوجها فلا ترث ولها المهر ونصف المهر لو دخل بها وعدتها بالحيض بلا حداد، وعندهما تطلق في آخر حياته ولها مهر واحدٌ وعليها عدة الطلاق وترث، ولو كان الطلاق رجعيًّا عليها عدة الوفاة.

ولو قال: امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوجها ثم أخرى ثم طلق الأولى وتزوجها ثم مات؛ لم تطلق هي وتطلق الذي تزوجها مرة واحدة؛ لأن التي أعاد عليها التزوج اتصفت بالأولية فلا تتصف بالآخرية[١]، كقوله: آخر عبد ضربه، فضرب عبدًا ثم آخر ثم أعاد الضرب على الأول ثم مات؛ عتق الذي ضربه مرةً، كذا ذكره قاضي خان، والتمرتاشي.

قوله: (ويشترط كونُه سارًّا بِالعُرْفِ) قيد بالعُرف؛ لأن البشارة خبر غاب علمه عن المخبر، سميت بذلك؛ لأنها تتغيرُ بها بشرة الوجه من فرح أو ترح؛ ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾ [التوبة:٣٤]، وفي العُرف خبر سارّ صدق غاب عن المخبر علمه وهو لا يتكرّر، فعلى هذا التفسير جاء من الأول دون الثاني؛ لأن الثاني أخبره بما كان معلومًا له فلا يتغير به بشرتُهُ عند سماعه، وأصله ما رُوي أن النبي ﷺ مر بابن مسعود وهو يقرأ القرآن، فقال عليه السلام: «**من أحبَّ أن يقرأَ القرآنَ غضًّا طريًّا كما أُنزِلَ فليقرأ بقراءة ابن أمِّ عبد**»، فابتدر إليه أبو بكر رضي الله عنه للبشارة فسبق أبو بكر عمر رضي الله عنهما بها، فكان ابن مسعود متى ذكر يقولُ: بشرني أبو بكر وأخبرني عمر رضي الله عنهما[٢]، ذكره المرغيناني.

ولهذا لو كان البشارة إخبارًا بأن قال: إن أخبرني - والمسألة بحالها - عتقوا لما ذكرنا من الفرق.

---

(١) في الأصل: (الأخروية)، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

(٢) أخرجه ابن ماجه (١/ ٤٩ رقم ١٣٨)، وأحمد (١/ ٤٤٥ رقم ٤٢٥٥)، وابن حبان (١٥/ ٥٤٣ رقم ٧٠٦٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، بنحوه.

وَهَذَا إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ مِن الأَوَّلِ (وَإِن بَشَّرُوهُ مَعا عَتَقُوا) لِأَنَّهَا تَحَقَّقَت مِن الكُلِّ (وَلَو قَالَ: إن اشتَرَيت فُلَانًا فَهُوَ حُرٌّ، فَاشتَرَاهُ يَنوِي بِهِ كَفَّارَةَ يَمِينِهِ لَم يُجزِهِ) لِأَنَّ الشَّرطَ قِرَانُ النِّيَّةِ بِعِلَّةِ العِتقِ وَهِيَ اليَمِينُ، فَأَمَّا الشِّرَاءُ فَشَرطُهُ (وَإِن اشتَرَى أَبَاهُ يَنوِي عَن كَفَّارَةِ يَمِينِهِ أَجزَأَهُ عِندَنَا) خِلَافا لِزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ. لَهُمَا: أَنَّ الشِّرَاءَ شَرطُ العِتقِ، فَأَمَّا العِلَّةُ فَهِيَ القَرَابَةُ، ....

قوله: (لأنها) أي؛ لأن البشارة **(تحققت من الكل)** حنث، غيروا بشرة وجهه؛ ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿وَبَشَّرُوهُ بِغُلَٰمٍ عَلِيمٍ﴾ [الذاريات: ٢٨] فأضاف البشارة إلى الجماعة، فدل على تحقق البشارة من الجماعة.

قوله: (لأن الشرط) أي: شرط الخروج عن عهدة التكفير **(قِران نية)** التكفير **(بعلة العتق)**، وهو اليمين، ولم يوجد نية التكفير وقت يمينه؛ لأن الكلام فيه.

(فأما الشراء) أي: الملك عند شرائه شرط العتق ولا أثر للشرط في العتق فيكون معتقًا بيمينه، ولم تقترن نية الكفارة بها حتى لو اقترنت جاز، كذا في المبسوط(١).

فإن قيل: المعلق بالشرط يصير علة عند وجود الشرط عندنا فيتحقق قِران النية بالعلة عند وجود الشرط.

قلنا: الأهلية تشترط عند وجود اليمين لا عند وجود الشرط، حتى لو جنَّ عند الشرط بعد التعليق يثبت الحكم وإن لم توجد الأهلية، فكذا النية تشترط وقت اليمين، كذا قيل.

قوله: (خلافًا لزفر والشافعي) فإنه لم يجز عندهما، وبه قال مالك وأحمد وأبو حنيفة أولًا.

(فأمّا العلة هي القرابة) في القريب بطريق الصلة؛ إذْ هي علة الصلات، والصلات بين الأقارب تجبُ بالقرابة كما في النفقة، واستحال إضافة العتق إلى الشراء؛ لأنه شرط العتق ومنافٍ للعتق؛ لأنه سبب الملك والنية لم تتصل بعلة العتق فلا يصح كما في المسألة الأولى.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٩).

وَهَذَا لِأَنَّ الشِّرَاءَ إِثْبَاتُ المِلكِ وَالإِعتَاقَ إِزَالَتُهُ وَبَينَهُمَا مُنَافَاةٌ. وَلَنَا: أَنَّ شِرَاءَ القَرِيبِ إِعتَاقٌ لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَن يَجزِيَ وَلَدٌ وَالِدَهُ إِلَّا أَن يَجِدَهُ مَملُوكًا فَيَشتَرِيهِ فَيُعتِقَهُ» جَعَلَ نَفسَ الشِّرَاءِ إِعتَاقًا، لِأَنَّهُ لَا يُشتَرَطُ غَيرُهُ وَصَارَ نَظِيرُ قَولِهِ سَقَاهُ فَأَروَاهُ (وَلَو اشتَرَى أُمَّ وَلَدِهِ لَم يُجزِهُ) وَمَعنَى هَذِهِ المَسأَلَةِ: أَن يَقُولَ لِأَمَة قَد

ولنا أن شراء القريب إعتاق بالحديث المذكور في المتن.

(جعل) أي: النبي ﷺ نفس الشراء إعتاقًا؛ لأنه لم يشترط بالإجماع غيره حتى لا يحتاج بإعتاق آخر بعد الشراء، وهذا كما يُقال: سقاه فأرواه، ضربَهُ فأوجعه؛ أي: بنفس السقي والضرب.

وظاهر الآية في الكفارة أمر بالتحرير وقد وُجِد، ولأن الشراء يوجب الملك، والملك في القريب يوجب العتق، فيضاف الملك مع حكمه إلى الشراء لأنهما حدثا به.

وهذا كمن رمى إنسانًا عمدًا فأصابه فقتله فقتل به، كأنه حزَّ رقبته بالسيف وإن كان [٥٦٠/ب] فعله رميًا؛ لأن الرمي أوجب نفوذ السهم ومضيه في الهواء، وذا سبب الوقوع في المرمي، وذا سبب الخروج، وذا سبب الموت فيضاف كله إلى الرمي الذي هو العلة الأولى، فصارت أحكامًا إليه، وصار الرامي قاتلًا، فكذا الشراء بواسطة الملك لما ثبت به صار إعتاقًا.

والملك ليس بشرط العتق؛ لأن الشرط مالًا أنزله في الإيجاب، والعتق لا يثبتُ إلا بالملك والقرابة، ولكل واحدٍ منهما أثر فيه فجعلا علة، وهذا لأن العتق صلة وللملك تأثير في الصلات، فالزكاة صلة وتجبُ بالملك، وللقرابة تأثيرٌ أيضًا فيه فجعلا علة، فإذا اجتمعا - وهما مؤثران - أضيف وجوب الصلة إليهما، إلا أنه إذا تفرق وجودُهما أضيف الحكم إلى آخرهما وجودًا، كسفينة لا تحمل إلا مائة مَنٍّ، فأوقع فيها رجل مَنًّا زائدًا على المائة فغرقت السفينة كان الضمان كله عليه، وإن لم تغرق بهذا المنّ وحده؛ بل به وبما كان قبله؛ لأن تمام العلة بالمنِّ الأخير فأضيف كله إليه، فكذا هاهنا يُضاف العتق إلى آخرهما وجودًا.

استولَدَهَا بِالنِّكَاحِ: إن اشتَرَيتُكِ فَأَنتِ حُرَّةٌ عَن كَفَّارَةِ يَمِينِي ثُمَّ اشتَرَاهَا فَإِنَّهَا تُعتَقُ لِوُجُودِ الشَّرطِ وَلَا يَجزِيه عَن الكَفَّارَةِ، لِأَنَّ حُرِّيَّتَهَا مُستَحَقَّةٌ بِالِاستِيلَادِ فَلَا تَنضَافُ

ولهذا لو ادَّعى أحد الشريكين نسب نصيبه يضمن لشريكه؛ لأن آخر الوصفين هنا القرابة فيصير به معتقًا، ولا يلزم الشاهد الثاني، فإنه لا يحال بالإتلاف عليها وإن تمت الحجة بها؛ لأن الشهادة لا توجبُ شيئًا بدون القضاء، والقضاء يكون بهما جميعًا.

وبهذا تبين فساد قولهم: إن العتق مستحق بالقرابة؛ لأن الاستحقاق لا يثبت قبل كمال العِلة، ولا معنى لقولهم: إن في هذه صرف منفعة الكفارة إلى أبيه؛ لأنه لما جاز صرف هذه المنفعة إلى عبده بخلاف الإطعام والكسوة فصرفه إلى أبيه أولى، وكذا إن وهب له، أو تصدق به عليه، أو أوصى له به فقبض ونوى الكفارة؛ فهو على الخلاف.

قلنا: لأن الملك بهذه الأسباب يثبت بصنعه وهو القبض والقبول، أما لو ورث أباه ينوي به الكفارة لا يجزئه؛ لأن الميراث يدخل في ملكه بلا صنعه وبدون الصنع لا يصير محررًا والتكفير تحرير؛ ولهذا لا يضمن لشريكه إذا ورث نصف قريبه، كذا في المبسوط[1].

قوله: (لأن حريتها مستحَقَّة بالاستيلاد)، إنما ذكر هذا للفرق بين شراء القريب وشرائها مع أن الشراء في الفصلين مسبوق بما يوجب العتق من وجه، فإن القرابة توجبُ العتق كالاستيلاد، فقال: الاستيلاد نزل منزلة العتق بقوله عليه السلام: «**أعتقَها ولدُها**»[2]، لكنه موقوف على الملك، فصار كما لو قال: إن اشتريتكَ فأنتَ حرٌّ ثم اشتراه ناويًا عن الكفارة؛ لم يجزه، ولا كذلك القرابة فإنها ليست بإعتاق، إليه أشار في الفوائد الظهيرية.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٩).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٤١ رقم ٢٥١٦)، والدارقطني (٥/ ٢٣٢ رقم ٤٢٣٥)، والحاكم (٢/ ١٩ رقم ٢١٩١) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

قال الدارقطني: تفرد بحديث ابن أبي حسين زياد بن أيوب، وزياد ثقة، وصححه الحاكم، وضعفه البوصيري في مصباح الزجاجة (٨٩٧).

إِلَى اليَمِينِ مِن كُلِّ وَجه، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لِقِنَّة: إن اشتَرَيتُكِ فَأَنتِ حُرَّةٌ عَن كَفَّارَةِ يَمِينِي، حَيثُ يُجزِيه عَنهَا إِذَا اشتَرَاهَا، لِأَنَّ حُرِّيَّتَهَا غَيرُ مُستَحَقَّة بِجِهَة أُخرَى، فَلَم تَختَلَّ الإِضَافَةُ إِلَى اليَمِينِ وَقَد قَارَنَتهُ النِّيَّةُ (وَمَن قَالَ: إن تَسَرَّيتُ جَارِيَة فَهِيَ حُرَّةٌ، فَتَسَرَّى جَارِيَة كَانَت فِي مِلكِهِ عَتَقَت) لِأَنَّ اليَمِينَ انعَقَدَت فِي حَقِّهَا لِمُصَادَفَتِهَا المِلكَ، وَهَذَا: لِأَنَّ الجَارِيَةَ مُنَكَّرَةٌ فِي هَذَا الشَّرطِ فَتَتَنَاوَلُ كُلَّ جَارِيَة عَلَى الِانفِرَادِ

قوله: (إِنْ تسرّيتُ)، للتسري معنى لغوي وشرعي، أما في اللغة: فالتسري مأخوذ من السرّية، واحدة السراري، وهي الأمة التي بوأها بيتًا، وهي فعلية منسوبة إلى السر، وهو الجماع أو الإخفاء؛ لأن الإنسان يُسرُّهُ، وَإِنَّمَا ضمّت سينه؛ لأن الأبنية قد تغير في النسبة خاصة، كما قالوا في النسبة إلى الدهر: دُهري، وإلى الأرض السهلة: سُهلة.

وكان الأخفش يقول: إنها مشتقة من السرور؛ لأنه يُسَرُّ بها، يقال: تَسرَّرت جارية وتُسريت أيضًا، كما يقال: تَظننت وتُظنيت بقلب إحدى النونين ياء.

وقيل: السرية مأخوذة من السري، وهو السري وهو السيد؛ لأنه إذا اتخذها سرية فقد جعلها سيدة الجواري، ذكره في الصحاح[(١)]، والفوائد الظهيرية.

والتسرّي شرعًا: عبارة عن التحصين والوطء، وبه قال الشافعي في وجه، وقال في وجه: الوطء مع الإنزال والتحصين، وقال في وجه: يكفي الوطء، وبه قال أحمد.

وقال أبو يوسف: يشترط مع الوطء طلب الولد حتى [لو][(٢)] وطئها وعزل عنها لا تكون سرية عنده؛ لما أن السرية عادة لطلب الولد، وتسرَّى جارية في ملكه عتقت بإجماع الأئمة الأربعة، ولو اشتراها بعد ذلك فتسرّاها لا تعتق عندنا، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

وقال زفر: تعتق، فإنه يقول: ذكر التسري ذكر الملك؛ إذْ لا يصح إلا به كمن قال لأجنبية: إن طلقتكِ فعبدي حرٌّ فتزوجها وطلقها؛ فعبده حرٌّ، فيصير

---

(١) الصحاح تاج اللغة للجوهري (٦/ ٢٣٧٥).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

(وَإِن اشتَرَى جَارِيَة فَتَسَرَّاهَا، لَم تَعْتِقْ بهذا اليمين) خِلَافا لِزُفَرَ فَإِنَّهُ يَقُولُ: التَّسَرِّي لَا يَصِحُّ إلَّا فِي المِلكِ، فَكَانَ ذِكرُهُ ذِكرَ المِلكِ، وَصَارَ كَمَا إذَا قَالَ لِأَجنَبِيَّة: إن طَلَّقتُكِ فَعَبدِي حُرٌّ يَصِيرُ التَّزَوُّجُ مَذكُورًا.

وَلَنَا: أَنَّ المِلكَ يَصِيرُ مَذكُورًا ضَرُورَةَ صِحَّةِ التَّسَرِّي، وَهُوَ شَرطٌ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدرِهِ

كأنه قال: إن تزوجتكِ وطلقتكِ فعبدي حرٌّ، كذا هاهنا، وصار كقوله: إن ملكت أمة وتسريتها فهي حرة.

فإن قيل: إثبات الملك بطريق الاقتضاء، وزفر لا يقول بالاقتضاء حتى لا يقع العتق عن الآمر عنده في قوله لآخر: أَعتق عبدكَ عنّي بألف، والمسألة بحالها في المنظومة وغيرها.

[قلنا](١): هذا إثبات الملك بالدلالة لا بالاقتضاء [٥٦١/أ] عنده، وهذا لأن الثابت دلالة ما يفهَمُ من اللفظ بلا اجتهادٍ، كفهم حُرمَة الضرب والشتم من النهي عن التأفف، والمقتضى لا يفهم من ذكر المقتضي، ولهذا لو قيل: عند فلان جارية سُريَّة يفهم مملوكه بلا تأمل واجتهاد.

(ولنا أن الملك) إلى آخره، أي: اليمين في العتق إنما يصح في الملك، أو مضافًا إلى الملك، ولم يوجد كلاهما في قوله: إن تسريت؛ لانعدام ثبوت الملك من حيث الدلالة، والإشارة، والعبارة؛ لما ذكرنا من معنى التسري لغةً، وشرعًا، فلو ثبت الملك إنما يثبت ضرورة صحة التسري فحينئذٍ كان الملك ثابتًا اقتضاءً، والثابت اقتضاء ضروري فيتقدر بقدر الضرورة.

أصله قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضۡطُرَّ غَيۡرَ بَاغٖ وَلَا عَادٖ فَلَآ إِثۡمَ عَلَيۡهِۚ﴾ [البقرة:١٧٣]، وإذا كان كذلك كان تصحيحه بإدراج الملك إنما كان في حق نفسه وهو تصحيح الشرط لا تصحيح الجزاء فلا يظهر الملك في حق صحة الجزاء وهو حريتها، فلما لم يظهر الملكُ في حق إضافة إلى التسري لم يكن عتقها مضافًا إلى الملك بعدم ملكها وقت التعليق، ولا مضافًا إلى سبب الملك، فلا يصح اليمين في حقها فلا تعتق.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

وَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ صِحَّةِ الجَزَاءِ وَهُوَ الحُرِّيَّةُ، وَفِي مَسأَلَةِ الطَّلَاقِ إِنَّمَا يَظهَرُ فِي حَقِّ الشَّرطِ دُونَ الجَزَاءِ، حَتَّى لَو قَالَ لَهَا: إن طَلَّقتُكِ فَأَنتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَتَزَوَّجهَا وَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً لَا تَطلُقُ ثَلَاثًا، فَهَذِهِ وِزَانُ مَسأَلَتِنَا (وَمَن قَالَ: كُلُّ مَملُوك لِي حُرٌّ تَعْتِقْ

فإن قيل: قيد أبو حنيفة ذكر الولد بالولد الحي بدلالة إضافة الحرية إليه في قوله: إن ولدتِ ولدًا، ولم يقيد التسري بالملك بدلالة قوله: فهي حرة، فما الفرق بينهما؟

قلنا: تثبت الحياة ثمة لأجل صحة العتق في الولد وهو شرط، فكذلك هاهنا أثبت الملك لأجله صحة التسري وهو شرط فلا يظهر في حق العتق؛ لأن التسري ليس بسببٍ للملك؛ فلهذا لا يظهر العتق في المشتراة؛ لأن قصد الحالف عدم العتق؛ لأن هذا الشرط يذكر في منع نفسه من الإقدام؛ بخلاف قوله: إذا ولدتِ ولدًا فهو حرٌّ، فالمقصودُ إثبات الحرية؛ لأن ذلك الشرط يذكر للتحريض على الولادة، غير أن الحرية لا تتحقق إلا في الحي، فاشتراط الحياة لصحة الجزاء، وهنا اشترط الملك لصحة التسري لا لصحة الجزاء وهو الحرية؛ لأن الملك يثبت ضرورَة التسري فيتقدرُ بقدرها.

قوله: (وفي مسألة الطلاق إنما يظهر) التزوج **(في حق الشرط)** وهو الطلاق، فكان ذكر الطلاق ذكر للنكاح الذي لا يستغني عنه الطلاق، لا ذكر لما لا يستغني الجزاء عنه، فصار كما إذا قال لعبده: إذا تزوجتَ امرأة فأنتَ حرٌّ، فلم تكن مسألة الطلاق وزان مسألة التسري.

بل وزنها ما لو قال لأجنبية: إن طلقتكِ واحدة فأنتِ طالقٌ ثلاثًا، فتزوجها ووطئها وطلقها واحدة؛ لم يقع الثلاث؛ لأن الملك صار مذكورًا ضرورة الشرط فلم يتعد إلى الجزاء وهو الثلاث، ووزان ما استشهد به زفر أن يقول: إن تسريتُ أمة فعبدي هذا حر فاشترى أمة وتسراها عتق عبده، ولو قوله: إن تسريت بمعنى إن ملكت وتسريت كما قال زفر يجب أن لا يعتق الجارية المملوكة له وقت الحلف؛ لأنه لم يملكها بعد الحلف.

قوله: (فهذه) أي: المسألة التي قال لأجنبيةٍ: إن طلقتكِ فأنتِ طالق ثلاثًا **(وزان مسألتنا)** أي: نظيرها من حيث أن كل واحد منهما شرط الشرط لا يكون

أُمَّهَاتُ أَولَادِهِ وَمُدَبَّرُوهُ وَعَبِيدُهُ) لِوُجُودِ الإِضَافَةِ المُطلَقَةِ فِي هَؤُلَاءِ، إذ المِلكُ ثَابِتٌ فِيهِم رَقَبَة وَيَدًا (وَلَا يَعْتِقُ مُكَاتَبُوهُ إِلَّا أَن يَنوِيَهُم) لِأَنَّ المِلكَ غَيرُ ثَابِت يَدًا، وَلِهَذَا لَا يَملِكُ أَكسَابَهُ وَلَا يَحِلُّ لَهُ وَطءُ المُكَاتَبَةِ، بِخِلَافِ أُمِّ الوَلَدِ وَالمُدَبَّرَةِ فَاختَلَّت الإِضَافَةُ فَلَا بُدَّ مِن النِّيَّةِ (وَمَن قَالَ لِنِسوَة لَهُ: هَذِهِ طَالِقٌ، أَو هَذِهِ وَهَذِهِ، طَلُقَت الأَخِيرَةُ، وَلَهُ الخِيَارُ فِي الأَوَّلِيَّينِ) لِأَنَّ كَلِمَةَ «أَو» لِإِثبَاتِ أَحَدِ المَذكُورَينِ وَقَد أَدخَلَهَا بَينَ الأَوَّلِيَّينِ ثُمَّ عَطَفَ الثَّالِثَةَ عَلَى المُطَلَّقَةِ، لِأَنَّ العَطفَ لِلمُشَارَكَةِ فِي الحُكمِ فَيَختَصُّ بِمَحَلِّهِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: إِحدَاكُمَا طَالِقٌ وَهَذِهِ (وَكَذَا إِذَا قَالَ لِعَبِيدِهِ: هَذَا حُرٌّ أَو هَذَا وَهَذَا، عَتَقَ الأَخِيرُ وَلَهُ الخِيَارُ فِي الأَوَّلَينِ) لِمَا بَيَّنَّا.

شرطًا للجزاء كما ذكرنا.

قوله: (إلا أن يَنْوِيَهُمْ) أي: المكاتبين، وكذا معتق البعض عند أبي حنيفة.

وفي المبسوط: ولو نوى بقوله: كل مملوك لي الرجال دون النساء يصدق ديانةً لا قضاءً؛ لأنه نوى التخصيص في اللفظ العام، ولو نوى السود منهم لا يصدق قضاءً ولا ديانةً؛ لأنه نوى التخصيص في اللفظ العام بوصف ليس في لفظه، ولا عموم لما لا لفظ له، فلا يعمل بنية بخلاف الرجال؛ لأن لفظ المملوك للرجال حقيقة دُون الإناث، ويقال للأنثى: مملوكة، ولكن عند الاختلاط يستعمل لهما المملوك عادة، فلو نوى الذكور فقد نوى حقيقة كلامه ولكنه خلاف الظاهر فلا يصدق قضاءً، ويصدق ديانةً، ولو نوى النساء وحدها؛ لا يصدق قضاءً ولا ديانة، ولو قال: لم أنو المدبّر لم يُصدق قضاءً وديانةً في رواية، وفي رواية يصدق ديانةً[١].

قوله: (فيختص بمحله) أي: بمحل الحكم وهو المُطلَّقة؛ لأن الكلام سبق لإيقاع الطلاق، وكذا العتق والإقرار حتى قال لعبيده: هذا حرًّا[٢]، وهذا وهذا، عتق الأخير وخير في الأوليين، ولو قال: لفلان عليَّ ألف، أو لفلان وفلان، كان نصف الألف للثالث، وله الخيارُ في النصف الآخر، إن شاء جعله للأول، وإن شاء جعله للثاني.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٧٩).

(٢) تقديره: [يكون] حرًّا، بالنصب.

بَابُ اليَمِينِ فِي البَيعِ وَالشِّرَاءِ وَالتَّزَوُّجِ وَغيرِ ذَلِكَ

فإن قيل: العطف كما يصح على من وقع عليه الحكم يصح أيضًا على من لم يقع عليه الحكم، والأصل عدم الحكم، ألا ترى أنه لو قال: لا أكلم فلانًا أو فلانًا وفلانًا يحنث بكلام الأول وبكلام [٥٦١/ب] أحد الآخرين، فيكون الثالث معطوفًا على من لم يقع عليه الحكم فيكون في العتاق والطلاق كذلك، كما روى ابن سماعة عن محمد.

قلنا: إن العطف ما سبق له الكلام، وهو الحكم لا عدمه، وما ذكره في الكتاب ظاهر الرواية.

والفرق على ظاهر الرواية بين اليمين والطلاق والعتاق: أن "أو" إذا دخلت بين شيئين يتناولُ أحدهما نكرة، إلا أنَّ في الطلاق والعتاق الموضع موضع الإثبات، والنكرة فيه تخص فيتناول أحدهما، فإذا عطف الثالث على أحدهما صار كأنه قال: إحداكما طالق، ولو نصَّ على هذا كان الحكم ما قلنا.

أما في مسألة اليمين الموضع موضع النفي فيعم النكرة فيه، ويكون "أو" بمعنى "لا"، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُطِعْ مِنْهُمْ ءَاثِمًا أَوْ كَفُورًا﴾ [الإنسان:٢٤]، أي: ولا كفورًا، فصار كأنه قال: لا أكلم فلانًا ولا فلانًا، فلما عطف الثالث صار كأنه قال: ولا هذين، ولو نصَّ على هذا كان الحكم هكذا، فكذا هنا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

ولأنه حينئذٍ صار كأنه قال: هذه طالق، وهاتان طالق، وأنه لا يصح فجعل كأنه قال: هذه طالق أو هذه طالق وهذه تصح، ولو قال: هكذا تطلق الثالثة وحين في الأولين فكذا هذا وثم صار كأنه قال: لا أكلم فلانًا هذا ولا أكلم هذين وإنه صحيح.

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

أي: من الطلاق والعتاق والضرب، ولما كانت هذه التصرفات أكثر وقوعًا بالنسبة إلى اليمين في الحج والصلاة والصوم قدَّم هذا الباب على باب اليمين في الحج والصوم والصلاة.

(وَمَن حَلَفَ لَا يَبِيعُ أَو لَا يَشتَرِي، أَو لَا يُؤَاجِرُ، فَوَكَّلَ مَن فَعَلَ ذَلِكَ، لَم يَحنَث) لِأَنَّ العَقدَ وُجِدَ لَهُ مِن العَاقِدِ حَتَّى كَانَت الحُقُوقُ عَلَيهِ، وَلِهَذَا لَو كَانَ العَاقِدُ هُوَ الحَالِفُ يَحنَثُ فِي يَمِينِهِ، فَلَم يُوجَد مَا هُوَ الشَّرطُ، وَهُوَ العَقدُ مِن الآمِرِ، وَإِنَّمَا الثَّابِتُ لَهُ حُكمُ العَقدِ، (إِلَّا أَن يَنوِيَ ذَلِكَ)، لِأَنَّ فِيهِ تَشدِيدًا (أَو يَكُونَ الحَالِفُ ذَا سُلطَان، لَا يَتَوَلَّى العَقدَ بِنَفسِهِ)، لِأَنَّهُ يَمنَعُ نَفسَهُ عَمَّا يَعتَادُهُ ....

الأصل عندنا أن كل فعل يرجع حقوقه إلى المباشر لا يحنث، والحالف بمباشرة المأمور لوجوده منه حقيقةً وحكمًا في كل عقد لا يرجع الحقوق إلى المباشر؛ بل هو سفيرٌ ومعتبر يحنث بمباشرة المأمور.

فمما يحنث بالمباشرة لا بالأمر: البيع والشراء، والإجارة والاستئجار، والصلح عن مال، والقسمة، والخصومة، وضرب الولد، ومما يحنث بالأمر أيضًا: النكاح والطلاق، والعتاق والهبة، والصدقة والقرض، والاستقراض، والصلح عن دم العمد، والذبح، والإيداع وقبول الوديعة، والإعارة والاستعارة، وخياطة الثوب، والبناء، وضرب العبد، ذكره المرغيناني.

قوله: (حلف لا يبيع) إلى **قوله: (لم يحنث)**، وبه قال الشافعي في الأظهر.

وقال مالك وأحمد: يحنث؛ لأن الفعل يُطلق على الموكل، وبالأمر يصير كأنه فعله بنفسه كما لو حلف لا يحلق رأسه وأمر غيره أن يحلقه يحنث.

وقلنا: لم يوجد العقد من الآمر وهو شرط الحنث لا حقيقةً ولا حكمًا؛ ولهذا لم ترجع الحقوق إليه، ووجد من العاقد حقيقة فظاهر، وحكمًا لأن الحقوق ترجعُ إليه، حتى لو كان العاقدُ حالفًا يحنث بالإجماع.

وقوله: (وإنما الثابت له) أي: للآمر حكم العقد وهو الملك، جوابٌ عما قال الخصم: إن هذا العقد ثابتٌ له.

وقوله: (إلا أن ينوي ذلك) أي: الآمر أيضًا، وهذا الاستثناء من قوله: **(لم يحنث)** إلا أن ينوي ذلك فحينئذٍ يحنث.

قوله: (أو يكون الحالف ذا سُلطان) يحنث الآمر سواء نوى أو لم ينو؛ لأن مقصوده من ذلك الفعل هو الأمر به بدلالة الحال، وبه قال الشافعي في وجه.

(وَمَن حَلَفَ لَا يَتَزَوَّجُ، أَو لَا يُطَلِّقُ، أَو لَا يَعتِقُ فَوَكَّلَ بِذَلِكَ حَنِثَ) لِأَنَّ الوَكِيلَ فِي هَذَا سَفِيرٌ وَمُعَبِّرٌ، وَلِهَذَا لَا يُضِيفُهُ إِلَى نَفسِهِ بَل إِلَى الآمِرِ، وَحُقُوقُ العَقدِ تَرجِعُ إِلَى الآمِرِ لَا إِلَيهِ (وَلَو قَالَ: عَنَيتُ أَن لَا أَتَكَلَّمَ بِهِ، لَم يُدَيَّنْ فِي القَضَاءِ خَاصَّة) وَسَنُشِيرُ إِلَى المَعنَى فِي الفَرقِ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (ولَو حَلَفَ لَا يَضرِبُ عَبدَهُ، أَو لَا يَذبَحُ شَاته، فَأَمَرَ غَيرَهُ، فَفَعَلَ يَحنَثُ فِي يَمِينِهِ) لِأَنَّ المَالِكَ لَهُ وِلَايَةُ ضَربِ عَبدِهِ وَذَبحِ شَاتِه، فَيَملِكُ تَولِيَتَهُ غَيرَهُ ثُمَّ مَنفَعَتَهُ رَاجِعَة إِلَى الآمِرِ، فَيُجعَلُ هُوَ مُبَاشِرًا إذ لَا

وظاهر مذهبه لا يحنث بالأمر إلا بالنية؛ لأنه عقد يمينه على فعل نفسه فلا يحنث بفعل غيره ولا نظر إلى العادة؛ لأن الأمير قد يفعل بنفسه. ذكره في شرح الوجيز.

وعندنا مع ذلك لو فعل بنفسه يحنث؛ لوجود حقيقة الفعل منه، ولو كان رجلًا يباشر بنفسه مرة ويوكل أخرى يعتبر فيه الغلبة، وعلى هذا لو كان فعلًا لا يعتاد الحالف فعله كالبناء والتطيين.

قوله: (**ومن حلف لا يتزوج**) إلى **قوله**: (**حنث**)، وبه قال مالك، وأحمد، والشافعي في وجه، ذكره في تتمتهم.

وقال في الوجيز، والتنبيه وأكثر كتبهم: لا يحنث؛ لعدم الفعل منهم؛ ولهذا يصدق ما نكح فلان، وإنما قيل: الوكيل له النكاح كما في البيع ونحوه.

وقلنا: غرض الحالف التوقي عن حكم العقد، والحقوق تلزم الآمر لا المأمور فينتقل العقد بجميع أجزائه وأحكامه إلى الآمر، وصار المأمور سفيرًا؛ ولهذا يضيفه إلى الآمر لا إلى نفسه.

قوله: (**حلف لا يضرب عبده**) إلى **قوله**: (**يحنث في يمينه**)، وبه قال مالك وأحمد، وعند الشافعي لا يحنث بالأمر؛ لعدم حقيقة الفعل منه كما في البيع وغيره.

[٥٦٢/أ] وبتعليل **قوله**: (**لأن المالك له ولاية ضرب عبده**) يحترز عمَّن حلف على ضرب حرٍّ فإنه لا يحنث بالأمر؛ لأنه لا ولاية له على الحر، فلا يعتبر أمره إلا أن يكون الحالفُ سلطانًا، أو قاضيًا؛ لأنهما يملكان ضرب

حُقُوق لَهُ تَرجِعُ إِلَى المَأمُورِ (وَلَو قَالَ: عَنَيتُ أَن لَا أَتَوَلَّى ذَلِكَ بِنَفسِي، دُيِّنَ فِي القَضَاءِ) بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ مِن الطَّلَاقِ وَغَيرِهِ. وَوَجهُ الفَرقِ: أَنَّ الطَّلَاقَ لَيسَ إِلَّا تَكَلُّمًا بِكَلَام يُفضِي إِلَى وُقُوعِ الطَّلَاقِ عَلَيهَا، وَالأَمرُ بِذَلِكَ مِثلُ التَّكَلُّمِ بِهِ وَاللَّفظُ يَنتَظِمُهُمَا، فَإِذَا نَوَى التَّكَلُّمَ بِهِ فَقَد نَوَى الخُصُوصَ فِي العَامِّ فَيُدَيَّنُ دِيَانَة لَا قَضَاء، أَمَّا الذَّبحُ وَالضَّربُ فَفِعلٌ حِسِّيٌّ يُعرَفُ بِأَثَرِهِ، وَالنِّسبَةُ إِلَى الآمِرِ بِالتَّسبِيبِ مَجَازٌ، فَإِذَا نَوَى الفِعلَ بِنَفسِهِ فَقَد نَوَى الحَقِيقَةَ فَيُصَدَّقُ دِيَانَة وَقَضَاء (وَمَن حَلَفَ لَا يَضرِبُ وَلَدَهُ فَأَمَرَ إِنسَانًا فَضَرَبَهُ لَم يَحنَث) فِي يَمِينِهِ، لِأَنَّ مَنفَعَةَ ضَربِ الوَلَدِ عَائِدَةٌ إِلَيهِ وَهُوَ التَّأَدُّبُ وَالتَّثَقُّفُ فَلَم يَنسِب فِعلَهُ إِلَى الآمِرِ، بِخِلَافِ الأَمرِ بِضَربِ العَبدِ، لِأَنَّ مَنفَعَةَ الِائتِمَارِ بِأَمرِهِ عَائِدَةٌ إِلَى الآمِرِ ....

الأحرار حدًّا وتعزيرًا فملكا الأمر به، وعلى قياس قول مالك وأحمد يحنث، كما لو حلف يحلق رأسه فأمر غيره.

قوله: (ووجه الفرق)، وهذا هو الفرق الذي وعده قبل هذا.

قوله: (مثل المتكلم به) أي: بالطلاق؛ لأن المأمور كالرسول، ولسان الرسول كلسان المُرسِل بالإجماع فيكون التطليق بنفسه، فيكون ما عناه خلاف الظاهر وهو متهمٌ فيه فلا يصدق قضاءً.

أما في الضرب فليس فعل المأمور كفِعل الآمر؛ لأن المأمور ليس برسول الآمر فيه؛ لأن الرسالة تجري في الأقوال لا في الأفعال، فلما عنى ضرب نفسه فقد عنى حقيقة كلامه فيصدق ديانةً وقضاءً، وإن كان في ذلك تخفيف له، كذا ذكره أبو اليسر، وقيل: ذكر القضاء في مسألة الضرب رواية في الطلاق؛ لأنه في الموضعين إذا نوى حقيقة كلامه فيصدق قضاءً في الفصلين، وبه قال الشافعي.

قوله: (منفعة ضرب الولد عائدة إليه) أي: إلى الولد؛ إذْ به يتأدب الولد ويتعلم وينزجر عن القبائح، وإن كان فيه منفعة للوالد أيضًا فذلك ليس بمقصود.

(لأن منفعة الائتمار بأمره) أي: بأمر الآمر وهو المولى **(عائدة إلى الآمر)** أي: العبد يجري على موجب أمر المولى، ويسعى في مصالحه وينقاد له، فصار ضربه كضرب المولى بنفسه فيحنث.

فَيُضَافُ الفِعلُ إِلَيهِ (وَمَن قَالَ لِغَيرِهِ: إن بِعت لَك هَذَا الثَّوبَ فَامرَأَتُهُ طَالِقٌ، فَدَسَّ المَحلُوفُ عَلَيهِ ثَوبَهُ فِي ثِيَابِ الحَالِفِ فَبَاعَهُ وَلَم يَعلَم، لَم يَحنَث) لِأَنَّ حَرفَ اللَّامِ دَخَلَ عَلَى البَيعِ فَيَقتَضِي اختِصَاصَهُ بِهِ، وَذَلِكَ بِأَن يَفعَلَهُ بِأَمرِهِ إذ البَيعُ تَجرِي فِيهِ النِّيَابَةُ وَلَم تُوجَد، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: إن بِعتُ ثَوبًا لَك ....

قوله: (ومن قال ليغره: إن بعت لكَ) إلى آخره، الأصل أن دخول اللام على ما تملك بالعقد كالبيع والشراء والإجارة والصياغة والخياطة والبناء كأن بعت لك ثوبًا ونحوه؛ لاختصاص الفعل بالمحلوف عليه بأن كان بأمره، سواء كان العين ملكه أو لا؛ لأن اللام للاختصاص، وأقوى وجوه الملك، فإذا جاورت اللام الفعل أوجبت ملكه لا ملك العين، وذا أن يفعله بأمره؛ لأن يقع ذلك الفعل يقع له.

(ودسَّ) أي: أخفى المحلوف عليه ثوبَه في ثياب الحالف فباعه الحالف (ولم يعلم به لم يحنث)؛ لأن تقدير الكلام: إن بعت ثوبًا بوكالتكَ وأمركَ، ولم يوجد، وعلى ما لا يملك بالعقد كالدخول، وضرب الغلام، والأكل والشرب، والمسّ.

أو على العين كـ (إن بعتُ ثوبًا لكَ)؛ لاختصاص العين بالمحلوف عليه بأن كان ملكه سواء كان بأمره أو لا، علم بذلك أو لا؛ لأن اللام جاوزت العين في **قوله**: (بعت ثوبًا لك) فأوجبت ملك العين لا ملك الفعل، وصار تقدير يمينه: إن بعت ثوبًا هو مملوكك، فلو باع ثوبًا مملوكًا له يحنث سواء علم به أو لا، أو أمره أو لا.

وفي الدخول ونحوه يقع اليمين على ملك العين سواء قدم اللام بأن قال: إن أكلتُ لكَ طعامًا، أو شربتُ لكَ شرابًا، أو أخّر بأن قال: طعامًا لكَ، أو شربتُ شرابًا لكَ؛ لأن هذا الفعل مما لا يملك بالعقد، فوجب صرف اللام إلى ما يملك بالعقد وهو العين بخلاف الفصل الأول، فإن كل واحدٍ منها مما يملك بالعقد، فرجحنا بالقرب، فإن نوى غيره صدِّق قضاءً فيما فيه تغليظ عليه لا فيما فيه تخفيف بأن نوى من **قوله**: (بعتُ لك) بعتُ ثوبًا لك.

وعلى العكس يصدق ديانةً فيهما؛ لأنه نوى ما يحتمل كلامه بتأخير اللام وتقديمه؛ إذِ الكلام يحتمل التقديم والتأخير ولا يصدق قضاء فيما فيه تخفيفٌ عليه.

حَيثُ يَحنَثُ إذَا بَاعَ ثَوبًا مَملُوكًا لَهُ، سَوَاءٌ كَانَ بِأمرِهِ أَو بِغَيرِ أَمرِهِ عَلِمَ بِذَلِكَ أَو لَم يَعلَم، لِأَنَّ حَرفَ اللَّامِ دَخَلَ عَلَى العَينِ، لِأَنَّهُ أَقرَبُ إِلَيهِ فَيَقتَضِي الِاختِصَاصَ بِهِ، وَذَلِكَ بِأَن يَكُونَ مَملُوكًا لَهُ، وَنَظِيرُهُ الصِّيَاغَةُ وَالخِيَاطَةُ وَكُلُّ مَا تَجرِي فِيهِ النِّيَابَةُ، بِخِلَافِ الأَكلِ وَالشُّربِ وَضَربِ الغُلَامِ، لِأَنَّهُ لَا يَحتَمِلُ النِّيَابَةَ فَلَا يَفتَرِقُ الحُكمُ فِيهِ فِي الوَجهَينِ.

(وَمَن قَالَ: هَذَا العَبدُ حُرٌّ إن بِعتُهُ، فَبَاعَهُ عَلَى أَنَّهُ بِالخِيَارِ عَتَقَ) لِوُجُودِ الشَّرطِ

قوله: (وضرب الغلام)، صرح قاضي خان في جامعه أن المراد بالغلام العبد؛ لأن الضرب مما لا يملك بالعقد؛ لأن الوكالة لا تجزئ في الضرب؛ أي: الوكالة التي تتعلق بها حقوق ترجع إلى الوكيل وليس لضرب العبد حقوق ترجعُ إلى الوكيل، ولا يملك بعقدٍ ما فكان كالأكل.

وقال المرغيناني: المراد بالغلام الولد، ويسمى الولد غلامًا، قال تعالى: ﴿إِنَّا نُبَشِّرُكَ بِغُلَٰمٍ ٱسۡمُهُۥ يَحۡيَىٰ﴾ [مريم:٧]؛ لأن ضرب العبد يحتمل النيابة والوكالة فكان نظير الإجارة لا نظير الأكل.

قوله: (فباعه على أنه بالخيار عتق)، وبه قال مالك، والشافعي في وجه، وعند أحمد لا يعتق؛ لأن بخيار البائع يخرج المبيع عن ملكه عنده.

وقيد **بقوله: (باعه بالخيار)**؛ لأنه لو باعه بيعًا تامًا لا يعتق بالإجماع لخروج المبيع عن ملكه فلم يبق محلًّا للجزاء، فلا ينزل الجزاء في غير الملك، وبهذا يُعرف أن العلةَ مع المعلول يفترقان في الوجود، أما الشرط مع المشروط [٥٦٢/ب] يتعاقبان، وهذا عندهما ظاهر؛ لأن خيار المُشتري لا يمنع ثُبوت الملك للمشتري فيثبتُ الملك سابقًا على العتق، فنزل العتق في الملك، وبه قال أحمد والشافعي في وجه.

وقال مالك والشافعي في وجه: لا يعتق؛ لأن انتقال الملك بسقوط الخيار فقبل سقوطه وُجدَ الشرط وينحل اليمين، ولا يعتق بعد الملك.

قوله: (وكذا على أصله)[(١)] أي: أصل أبي حنيفة، يعني يعتق وإن كان

---

(١) انظر المتن ص ٩٥٩.

وَهُوَ البَيعُ وَالمِلكُ فِيهِ قَائِمٌ فَينزِلُ الجَزَاءُ (وَكَذٰلِكَ لَو قَالَ المُشتَرِي: إن اشتَرَيتُهُ فَهُوَ حُرٌّ، فَاشتَرَاهُ عَلَى أَنَّهُ بِالخِيَارِ عَتَقَ) أَيضًا لِأَنَّ الشَّرطَ قَد تَحَقَّقَ وَهُوَ الشِّرَاءُ وَالمِلكُ قَائِمٌ فِيهِ، وَهَذَا عَلَى أَصلِهِمَا ظَاهِرٌ، وَكَذَا عَلَى أَصلِهِ لِأَنَّ هَذَا العِتقَ بِتَعلِيقِهِ

خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه؛ لأن العتق معلق بالشراء لا بالملك، والمعلق بالشرط كالمنجز عنده، فإنه قال بعد الشراء: أعتقت هذا العبد، ولو أعتقه بعد الشراء يسقط خياره، ويثبتُ الملك بمقتضى الإعتاق سابقًا عليه، فكذا هاهُنا.

فإن قيل: سقوط الخيار في التخيير ضرورة صحة التنجيز، وفي تعليق العتق بالشراء هاهُنا لا ضرورة؛ لأنه لو لم ينفسخ في الحال الخيار يقع التعليق صحيحًا؛ لثبوت العتق بعد مضي مدة الخيار فحينئذٍ لا يلزم الضرورة.

قلنا: لما أمكن إيقاع العتق في الحال من وجه يفسخ الخيار ولم يؤخر إلى مدة الخيار؛ لأن التعليق مما يحتاط في إثباته والاحتياط في تعجيله لا في تأخيره، كذا قيل.

بخلاف ما لو اشترى قريبه بشرط الخيار لم يعتق عند أبي حنيفة ما لم يسقط الخيار؛ لأن في شراء القريب لم توجَد كلمة الإعتاق بعد الشراء حتى يسقط خياره؛ بل يُعتق القريب بحكم الملك، وخيار المشتري يمنعه فلا يعتق قبل سقوط الخيار، أما هاهُنا الحلف كالمنجز فيسقط الخيار ضرورة؛ لوجود دليل ما يختص بالملك، كذا ذكره قاضي خان.

وذكر في جامعه: لو باع بيعًا فاسدًا فإن كان المبيعُ في يد المشتري مضمونًا عليه بأن غصبه لا يعتق كما في البيع الصحيح البات؛ لأنه كما تمَّ البيع يزول ملك البَائع، وعند الأئمة الثلاثة يعتق؛ لأن بالبيع الفاسد لا يزول ملكه بالقبض عندهم.

وفي صورة الشراء: لو اشتراه فاسدًا فإن كان في يد البائع لا يعتق، وإن كان في يد المشتري على الوجه الذي ذكرنا يعتق؛ لأنه ملكه فنزل العتق في ملكه، وعند الأئمة الثلاثة لا يعتق كما في البيع؛ لعدم الملك عندهم.

وَالمُعَلَّقُ كَالمُنَجَّزِ، وَلَو نَجَزَ العِتقَ يَثبُتُ المِلكُ سَابِقًا عَلَيهِ فَكَذَا هَذَا (وَمَن قَالَ: إن لَم أَبِع هَذَا العَبدَ أَو هَذِهِ الأَمَةَ فَامرَأَتُهُ طَالِقٌ فَأَعتَقَ أَو دَبَّرَ طَلُقَت امرَأَتُهُ) لِأَنَّ الشَّرطَ قَد تَحَقَّقَ وَهُوَ عَدَمُ البَيعِ لِفَوَاتِ مَحَلِّيَّةِ البَيعِ (وَإِذَا قَالَت المَرأَةُ لِزَوجِهَا: تَزَوَّجت عَلَيَّ، فَقَالَ: كُلُّ امرَأَةٍ لِي طَالِقٌ ثَلَاثًا طَلُقَت هَذِهِ الَّتِي حَلَّفَتهُ فِي القَضَاءِ) وَعَن أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهَا لَا تَطلُقُ(*)، لِأَنَّهُ أَخرَجَهُ جَوَابًا فَيَنطَبِقُ عَلَيهِ، وَلِأَنَّ غَرَضَهُ إرضَاؤُهَا وَهُوَ بِطَلَاقِ

قوله: (لفوات محلية البيع) فيطلق كما لو مات الحالف أو العبد، ولا خلاف فيه، أما بالإعتاق فظاهر، وكذا بالتدبير.

فإن قيل: لم يقع الناس عن البيع بالتحرير والتدبير؛ لجواز أن تزيد الجارية فتسبَى بعد اللحوق فيملكها هذا الرجل ويبيعَها، وبالتدبير؛ لجواز أن يقضي القاضي بجواز البيع.

قلنا: الحالف عقد يمينه على البيع باعتبار هذا الملك، وباعتباره يحقق الناس بالتدبير والتحرير، وقضاء القاضي ببيع المدبر موهوم، والحكم لا ينبني على الموهوم فيتحقق الناس على البيع نظرًا إلى الأصل مع أن القضاء بجواز البيع يفسخ التدبير ويكون البيع حينئذٍ بيع القن لا بيع المدبر، وفوات المحلية إنما كان باعتبار بقاء التدبير فكان المحل فائتًا، والحكم لا يبتني على ما يظهر عند القضاء. إليه أشار السرخسي في جامعه.

وفي الفوائد الظهيرية: قال بعض مشايخنا: لا تطلق؛ لاحتمال البيع بعد سبيها ولحاقها وتملكها، والصحيح أنها تطلق؛ لأنه انعقد يمينه باعتبار هذا الملك وقد انتهى ذلك بالإعتاق، ولو كان العبد ذميًّا ينبغي أن يكون الجوابُ فيه على نحو ما قلنا؛ أي: من قول المشايخ وصحة الجواب بخلاف قولهم.

قوله: (وعن أبي يوسف أنها) أي: التي حلّفته لا تطلق؛ لأن كلامه خرج جوابًا لكلامها فيتقيد بالكلام السابق، والكلام السابق في تزويج غيرها.

فإن قيل: قد زاد على قدر الجواب.

(*) الراجح: قول أبي يوسف.

غَيرِهَا فَيَتَقَيَّدُ بِهِ. وَجهُ الظَّاهِرِ: عُمُومُ الكَلَامِ وَقَد زَادَ عَلَى حَرفِ الجَوَابِ فَيُجعَلُ مُبتَدِئًا، وَقَد يَكُونُ غَرَضُهُ إِيحَاشُهَا حِينَ اعتَرَضَت عَلَيهِ فِيمَا أَحَلَّهُ الشَّرعُ وَمَعَ التَّرَدُّدِ لَا يَصلُحُ مُقَيِّدًا، وَإِن نَوَى غَيرَهَا يُصَدَّقُ دِيَانَة لَا قَضَاء، لِأَنَّهُ تَخصِيصُ العَامِّ.

بَابُ اليَمِينِ فِي الحَجِّ وَالصَّلاةِ وَالصَّوْمِ

(وَمَن قَالَ وَهُوَ فِي الكَعبَةِ أَو فِي غَيرِهَا: ....

قلنا: الزيادة على قدر المحتاج إليه إنما يخرج الكلام عن الجواب إذا لغت الزيادة متى جعل جوابًا، ولا يلغو الزيادة هاهُنا إن جعل جوابًا؛ لأنه قصد تطييب قلبها وتسكين نفسها وذا بتطليق غيرها على العموم؛ لجواز أن يقع في قلبها أنه أراد بما قال غير التي طلقت.

(**وجه الظاهر**) أي ظاهر الرواية، وبه قالت الأئمة الثلاثة: أن العمل بعموم الكلام واجبٌ ما أمكن، وقد أمكن هاهُنا؛ لأنه زاد على قدر الجواب؛ لأنّ جوابه أن يقول: إن فعلتُ فهي طالق ثلاثًا، فإذا زاد فكان مبتدئًا، وجاز أن يكون (**غرضه إيحاشها**) إلى آخر ذكر في المتن، فلا يصلح مقيدًا.

وفي جامع السرخسي: قول أبي يوسف [٥٦٣/أ] أصح عندي؛ لأن رجوع كلامه مخرج الجواب، والأصل أن ما تقدم في الخطاب يصيرُ كالمعاد في الجواب، فصار كأنه قال: كل امرأة أتزوجها ما دامت حية فإنها لا تدخل في لفظه ذلك فكذا ههنا، والله أعلم.

باب اليمين في الحج والصلاة والصوم(١)

قدَّمه على باب اللبس وغيره؛ لما فيه من ذكر العبادات وهي مقدمة على غيرها وأخَّره عن باب اليمين في البيع والشراء؛ لما ذكرنا أن اليمين في الحج أقل وقوعًا.

قوله: (**ومن قال وهو في الكعبة أو في غيرها**)، وفي لفظ: (وإن قال في الكعبة)

---

(١) في الأصل: (في الحج، والصوم، والصلاة)، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

عَلَيَّ المَشيُ إِلَى بَيتِ اللَّهِ تَعَالَى أَو إِلَى الكَعبَةِ فَعَلَيهِ حَجَّةٌ أَو عُمرَةٌ مَاشِيًا، وَإِن شَاءَ رَكِبَ وَأَهرَاقَ دَمًا) وَفِي القِيَاسِ: لَا يَلزَمُهُ شَيءٌ، ....

إشارة إلى أن وجوب الحج أو العمرة **بقوله: (عليَّ المشي إلى بيت الله)** بطريق المجاز لا من حيث الحقيقة؛ إذِ المشي إلى بيت الله وهو في الكعبة محالٌ، كذا نقل عن العلامة مولانا حافظ الدين رحمه الله.

ثم اعلم أن هاهنا ثمانية ألفاظ، في ثلاثة تلزمه بلا خلاف وهو: المشي إلى بيت الله، أو إلى الكعبة، أو إلى مكة أو إلى بكة، وبه قال أحمد ومالك والشافعي في قولٍ، وفي الأصح لا يلزمه **بقوله: (عليَّ المشي إلى بيت الله)** إلا أن ينويه؛ لأن جميع المساجد بيت الله.

وفي ثلاثة لا يلزمه شيء باتفاق أصحابنا، وهو إذا نذر بالذهاب إلى مكة، أو السفر أو الركوب إليها، أو المسير أو المُضي، وبه قال مالك في قولٍ، قاله ابن القاسم عنه.

وقال الشافعي وأحمد وهو رواية أشهب عن مالك: يلزمه الحج أو العمرة، كما في قوله: عليَّ المشي إلى مكة.

وفي لفظين خلاف بين أصحابنا، وهو ما إذا نذر المشي إلى الحرم، أو المسجد الحرام، فعند أبي حنيفة لا شيء عليه، وعندهما في قوله: المشي إلى الحرم، أو إلى مسجد الحرام فعليه حجة وعمرة، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

ولو نذر المشي إلى الصفا والمروة، أو بقعةٍ من الحرم يلزمه المشي إليها بحج أو عمرة عند الشافعي، وبه قال أحمد وأصبغ المالكي؛ لأن هذه المواضع في الحرم فكان كذكر الحرم، وعندنا لا يلزمه، وبه قال مالك.

ولو نذر المشي إلى مسجد رسول الله ﷺ، أو إلى المسجد الأقصى لا شيء عليه، وبه قال الشافعي في قولٍ في الأم[1]، وفي قولٍ: ينعقد نذره، وبه قال مالك وأحمد؛ لما رُوي أنه عليه السلام قال: «**لا تُشَدُّ الرِّحالُ إلّا إلى ثلاثةِ**

---

(١) الأم للشافعي (٢/ ٢٨١).

لِأَنَّهُ الْتَزَمَ مَا لَيسَ بِقُربَة وَاجِبَة وَلَا مَقصُودَة فِي الأَصلِ، مَأثُورٌ عَن عَلِيٍّ ﵁. وَلِأَنَّ

مساجدَ: **المسجدَ الحرامَ والمسجدُ الأقصى ومسجدي هذا**»[1]، فقد نصَّ بالإتيان وشد الرحال إلى هذه المساجد.

ورجَّح العراقيون وأكثر أصحابه القول الأول؛ لما رُوي عن جابر أن رجلًا قال: يا رسول الله: إني نذرت إنْ فتح الله عليك مكة أن أصلي في بيت المقدس ركعتين، فقال عليه السلام: «**صلِّ ههنا**»، فأعاد عليه ثلاثًا، فقال عليه السلام: «**صلِّ ههنا**»[2]، ومعلوم أن هذا النذر يتعين بالإتيان وأنهما لا يقصدان بالنسك فأشبها سائر المساجد.

والمقصود من قوله عليه السلام: «**لا تُشَدُّ الرَّحالُ**» إلى آخره، تخصيص القربة وفضيلتها في هذه المساجد.

قوله: (**لأنه التزم ما ليس بقربة واجبة**) أي: لعينه ولا مقصودة، بل هو وسيلة لما هو قربة كالوضوء والسعي، والنذر إنما يصح بما [شرع][3] قربة بعينه لا لغيره، والعمل بمجازه متعذر أيضًا، فإن المشي ما كان سببًا له لا محالة فإنه يمكنه دخول مكة بغير إحرام بأن يقصد بُستان بني عامر حتى يصير ميقاتيًا، ثم يدخل مكة من غير إحرامٍ، فإذا تعذر العمل بحقيقته ومجازه لغا.

فإن قيل: الاعتكاف -وهو اللبث- ليس بقربة مقصودة، إنما شرع لانتظار الصلاة، وقد صح النذرُ به.

قلنا: الاعتكاف لا يصح إلا بالصوم، والصوم من جنس القرب المقصودة.

فإن قيل: الاعتكاف يصح في الليل، وإن كان الصوم لا يصحُّ فيه.

قلنا: صحة الاعتكاف في الليل تبعٌ لصحة الاعتكاف في اليوم؛ ولهذا لو

---

(١) أخرجه البخاري (٢/ ٦٠ رقم ١١٨٩)، ومسلم (٢/ ١٠١٤ رقم ١٣٩٧) من حديث أبي هريرة ﵁.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٣٦ رقم ٣٣٠٥)، وأحمد (٣/ ٣٦٣ رقم ١٤٩٦١)، والحاكم (٤/ ٣٠٤ رقم ٧٨٣٩)، وفيه: قال: «صَلِّ هاهنا»، ثم أعاد عليه، فقال: «صَلِّ هاهنا»، ثم أعاد عليه، فقال: «شأنكَ إذن».

قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه.

(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

النَّاسَ تَعَارَفُوا إِيجَابَ الحَجِّ وَالعُمرَةِ بِهَذَا اللَّفظِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: عَلَيَّ زِيَارَةُ البَيتِ مَاشِيًا فَيَلزَمُهُ مَاشِيًا، ....

نذر الاعتكاف في الليل منفردًا عن اليوم لا يصح، [أو لأنه][1] شرع باعتبار انتظار الصلاة، والاستدامة في الصلاة تصحُّ ليلًا ونهارًا.

وجه الاستحسان أن هذه العبادة صارت كناية عن إيجاب الإحرام شرعًا، فإن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشي إلى بيت الله فأمرها عليه السلام أن تحرم بحجة أو عمرة رواه ابن عباس[2]، وهذا مأثور عن عليّ.

وعُرفًا وقد تعارف الناسُ إيجاب الإحرام بهذه العبارة، فصار كما إذا قال: عليَّ إحرام حجة، أو عمرة ماشيًا، ولو قال ذلك يلزمه إحرام أو عمرة، فكذا هنا.

فإن قيل: لما كان هذا اللفظ كناية عن الإحرام بالحج أو العمرة كان لفظ المشي غير منظور إليه ينبغي أن لا يلزم عليه المشي، كما لو نذر يضربُ بثوبه حطيم الكعبة حيث لا يلزمه ضرب الثوب؛ [٥٦٣/ب] بل يلزمه إهداء الثوب إلى مكة.

قلنا: نعم كذلك، إلا أن الحج ماشيًا أفضل، قال عليه السلام: «**من حجَّ ماشيًا فلهُ بكلِّ خطوةٍ حسنةٌ من حسنات الحرم**»، قيل: وما حسنات الحرم؟ قال: «**واحدةٌ بسبعمائةٍ**»[3]، فاعتبر لفظه لا تلك الفضيلة؛ إذِ الظاهرُ التزام القربة بصفة الكمال.

وهذا كما قلنا في قوله: ﴿لَّا يَمَسُّهُۥٓ إِلَّا ٱلْمُطَهَّرُونَ ۝٧٩﴾ [الواقعة: ٧٩] اتفق أهل التفسير على أن معناه لا ينزله إلا الكرام البررة، ولكن رعي نظمه، فقيل: لا يجوز للجُنُبِ والمُحْدِثِ مَسُّه؛ لظاهر الآية.

---

(١) في الأصل: (أولًا)، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.
(٢) أخرجه البخاري (٣/ ٢٠ رقم ١٨٦٦)، ومسلم (٣/ ١٢٦٤ رقم ١٦٤٤) من حديث عقبة بن عامر رضي الله عنه.
(٣) أخرجه البزار (١١/ ٥٢ رقم ٤٧٤٥) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

وَإِن شَاءَ رَكِبَ وَأَرَاقَ دَمًا، وَقَد ذَكَرنَاهُ فِي المَنَاسِكِ (وَلَو قَالَ: عَلَيَّ الخُرُوجُ أَو الذَّهَابُ إِلَى بَيتِ اللَّهِ تَعَالَى، فَلَا شَيءَ عَلَيهِ) لِأَنَّ التِزَامَ الحَجِّ أَو العُمرَةِ بِهَذَا اللَّفظِ غَيرُ مُتَعَارَف (وَلَو قَالَ: عَلَيَّ المَشيُ إِلَى الحَرَمِ أَو إِلَى الصَّفَا وَالمَروَةِ، فَلَا شَيءَ عَلَيهِ وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: فِي قَولِهِ: عَلَيَّ المَشيُ إِلَى الحَرَمِ: حَجَّةٌ أَو عُمرَةٌ)(*) وَلَو قَالَ: إِلَى المَسجِدِ الحَرَامِ فَهُوَ عَلَى هَذَا الِاختِلَافِ. لَهُمَا: أَنَّ الحَرَمَ شَامِلٌ عَلَى البَيتِ، وَكَذَا المَسجِدُ الحَرَامُ فَصَارَ ذِكرُهُ كَذِكرِهِ، بِخِلَافِ الصَّفَا وَالمَروَةِ، لِأَنَّهُمَا مُنفَصِلَانِ عَنهُ. وَلَهُ: أَنَّ التِزَامَ الإِحرَامِ بِهَذِهِ العِبَارَةِ غَيرُ مُتَعَارَف وَلَا يُمكِنُ إِيجَابُهُ بِاعتِبَارِ حَقِيقَةِ اللَّفظِ فَامتَنَعَ أَصلًا (وَمَن قَالَ: عَبدِي حُرٌّ إِن لَم أَحُجَّ العَامَ، وَقَالَ: حَجَجتُ وَشَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ ضَحَّى العَامَ بِالكُوفَةِ، لَم يَعتِق عَبدُهُ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَعتِقُ)(**) لِأَنَّ هَذِهِ شَهَادَةٌ قَامَت عَلَى أَمرٍ مَعلُومٍ وَهُوَ التَّضحِيَةُ، وَمِن ضَرُورَتِهِ ....

وإذا صار قوله: (**عليَّ المشي إلى الحرَم**) كناية عن التزام الإحرام عرفًا؛ إذِ الإحرام بأحد النسكين لا يكون بلا مشي فكان من لوازم الإحرام، وذكر اللازم وإرادة الملزوم كناية، والعُرف لا يختلف بين كونه في مكة أو خارجها.

وإذا ثبت هذا في المشي إلى بيت الله الحرام يثبت في المشي إلى الكعبة، أو إلى مكة دلالة؛ إذِ الكعبة بيت الله اسمان لشيء واحد ومكة مصرفها بيت الله تعالى فصارَ بيتُ الله مذكورًا بذكرها.

قوله: (**وإن شاء ركب وأراق دمًا**)؛ لقوله عليه السلام لعقبة: «**مُرها فلتركب ولتُرِقْ دمًا**»، وقد نذرت أن تحج ماشية[1]، وقد مرَّ في المناسك.

قوله: (**غير متعارف**)؛ إذِ التزام الإحرام بهذه الألفاظ غير متعارف ولم يَرِدْ نصٌّ، فوجب العمل بالقياس؛ لما ذكرنا أن في القياس لا يلزمه شيء.

وفي المبسوط: لو حلف بالمشي إلى بيت الله، وأراد مسجدًا غير المسجد

(*) الراجح: قول أبي حنيفة. (**) الراجح: قول الشيخين.

(١) تقدم تخريجه قريبًا.

انتِفَاءُ الحَجِّ فَيَتَحَقَّقُ الشَّرطُ. وَلَهُمَا: أَنَّهَا قَامَت عَلَى النَّفيِ، لِأَنَّ المَقصُودَ مِنهَا نَفيُ الحَجِّ لَا إِثبَاتُ التَّضحِيَةِ، لِأَنَّهُ لَا مَطَالِبَ لَهَا، فَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدُوا أَنَّهُ لَم يَحُجَّ العَامَ. غَايَةُ الأَمرِ أَنَّ هَذَا النَّفيَ مِمَّا يُحِيطُ عِلمُ الشَّاهِدِ بِهِ، وَلَكِنَّهُ لَا يُمَيَّزُ بَينَ نَفيٍ وَنَفيٍ تَيسِيرًا ....

الحرام؛ لم يلزمه شيء؛ لأن المنوي من محتملات لفظه؛ لأن المساجد كلها لله تعالى، بمعنى أنها حررت عن حقوق العباد وصارت مُعَدَّة لطاعته.

قوله: (لا إثبات التضحية) فإن الشهادة على التضحية باطلة؛ لأنه لا حقَّ للمدعي فيها؛ لأن العتق لم يتعلق بالأضحية، وما لا مطالبَ له لا يدخل تحت القضاء، وإذا بطلت الشهادة على التضحية بقيت الشهادة على النفي مقصودًا وهي باطلة.

وقوله: (غاية الأمر) إلى آخره، جواب سؤال وهو أن يقال: إنما لا تقبل الشهادة على النفي إذا لم يكن الشاهد عالمًا بالنفي، أما لو كان عالمًا يجوز عليه، فإنه ذكر في السير الكبير: شهدا على رجل أنا سمعناه يقول: المسيح ابن الله، ولم يقل: "قول النصارى"، وهو يقول: قد وصلتُ به: "قول النصارى"؛ قبلت هذه الشهادة ولم تبين امرأته لإحاطة علم الشاهد به، كذا هنا.

فقال: غاية الأمر كذا، **(لكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرًا)**، ودفعًا للحرج.

وأمَّا في مسألة السير فذاك شهادة على السكوت وهو أمر معاين فإن الشهادة على النفي إنما لم تقبل إذا لم تكن مقرونة بالإثبات، فكان قولهما: إنه لم يقل: "قول النصارى" بيانًا منهما لإحاطة علمهما به، وصارا كشهود الإرث إذا قالوا: إن هذا وارث فلان لا نعلم له وارثًا غيره فيقبل حتى يدفع المال إلى المشهود له؛ لأنها شهادة على الإرث والنفي يثبت في ضمنه، والإرث مما يدخل تحت القضاء، فأما النحر وإن كان ثبوتًا لكنه لا يدخلُ تحت القضاء كما ذكرنا فبقي النفي مقصودًا، إليه أشار شمس الأئمة، وفخر الإسلام في أصول الفقه.

فإن قيل: ذكر في المبسوط أن الشهادة على النفي تسمع في الشروط؛ ولهذا لو قال لعبده: إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حرٌّ فشهدا أنه لم يدخلها اليوم تقبل وقضى بعتقه، وما نحن بصدده من قبيل الشروط.

(وَمَن حَلَفَ لَا يَصُومُ، فَنَوَى الصَّومَ وَصَامَ سَاعَة ثُمَّ أَفطَرَ مِن يَومِهِ حَنِثَ) لِوُجُودِ الشَّرطِ، إذ الصَّومُ هُوَ: الإِمسَاكُ عَن المُفطِرَاتِ عَلَى قَصدِ التَّقَرُّبِ (وَلَو حَلَفَ لَا يَصُومُ يَومًا أَو صَومًا فَصَامَ سَاعَة، ثُمَّ أَفطَرَ، لَا يَحنَثُ) لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ الصَّومُ التَّامُّ المُعتَبَرُ شَرعًا، وَذَلِكَ بِإِنهَائِهِ إِلَى آخِرِ اليَومِ، وَاليَومُ صَرِيحٌ فِي تَقدِيرِ المُدَّةِ بِهِ (وَلَو حَلَفَ لَا يُصَلِّي، فَقَامَ وَقَرَأَ وَرَكَعَ، لَم يَحنَث، وَإِن سَجَدَ مَعَ ذَلِكَ، ثُمَّ قَطَعَ حَنِثَ) وَالقِيَاسُ: أَن يَحنَثَ بِالِافتِتَاحِ اعتِبَارًا بِالشُّرُوعِ فِي الصَّومِ. وَجهُ الِاستِحسَانِ: أَنَّ الصَّلَاةَ عِبَارَةٌ عَن

قلنا: هو عبارة عن أمر ثابت معاين وهو كونه خارجًا فيثبتُ النفي ضمنًا.

قوله: (لوجود الشرط) وهو الصوم، وبهذا القدر يصيرُ فاعلًا فعل الصوم **(إِذِ الصوم هو الإمساك عن المفطرات)** الثلاث في وقته مع النية، وما زاد تكرار وتكرارُ الشرط ليس بشرط، ولأنه بالصوم ساعة شارع فيه، والشارع في الفعل يسمى فاعلًا، ألا ترى أن إبراهيم عليه السلام بالشروع في الذبح باتخاذ السكين وإمراره صار ذابحًا وإن لم يتم الذبح، حتى قال تعالى: ﴿قَدْ صَدَّقْتَ ٱلرُّءْيَآ﴾ [الصافات: ١٠٥]، فكذا في سائر الأفعال.

قوله: (لَا يَصُومُ يَوْمًا، أَوْ صَوْمًا)؛ لم يحنث بصوم ساعة، أما في **قوله: (يومًا)** فظاهر، وكذا في **قوله: (صومًا)**؛ لأنه ذكر الصوم مطلقًا فيصرف إلى الكامل وهو الصوم المعتبر شرعًا، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

وقال الشافعي في المسألة الأولى: إنه يحنثُ بإمساك بعض اليوم كما في النذر في قولٍ، وهو رواية عن أحمد.

فإن قيل: المصدر في **قوله: (لا يصومُ)** مذكورٌ لغةً أيضًا.

قلنا: بلى، لغةً لا شرعًا، وعند ذكر المصدر صريحًا ينصرف إلى الكامل، وهو الصومُ لغةً وشرعًا.

فإن قيل: [٥٦٤/أ] يشكل هذا بما لو قال: والله لا أصومن هذا اليوم، بعد ما أكل أو شرب، أو بعد الزوال؛ صح يمينه بالاتفاق، ومع ذلك لم يُرِدْ به الصوم الشرعي ولا امتناعه بعد الأكل أو بعد الزوال.

وكذا لو حلف وقال لامرأته: إن لم تصلّي فأنتِ طالق، فحاضت قبل الشروع في الصلاة، أو بعد ما صلت ركعة؛ فالصحيح أن اليمين ينعقدُ عند

الأَرْكَانِ المُخْتَلِفَةِ، فَمَا لَم يَأْتِ بِجَمِيعِهَا لَا يُسَمَّى صَلَاة، بِخِلَافِ الصَّومِ، لِأَنَّهُ رُكْنٌ وَاحِدٌ وَهُوَ الإِمسَاكُ وَيَتَكَرَّرُ فِي الجُزءِ الثَّانِي (وَلَو حَلَفَ لَا يُصَلِّي صَلَاة، لَا يَحنَثُ مَا لَم يُصَلِّ رَكعَتَينِ) لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ الصَّلَاةُ المُعتَبَرَةُ شَرعًا، وَأَقَلُّهَا رَكعَتَانِ لِلنَّهيِ عَن البُتَيرَاءِ.

الكل على كل حال ويقع الطلاق، مع أن الصلاة الشرعية لا تتصور بعد الحيض، والمسألتان في الذخيرة.

قلنا: اليمين يعتمد التصور، كما في الحلف على مس السماء، ثم التصور على قول أبي يوسف ظاهر؛ لأن عنده شرط صحة اليمين الإضافة إلى فعل في المستقبل وقد وجد، وعندهما الشرط الإضافة إلى فعل في المستقبل متصور وقد وُجد، يقع الحنث بعجزه عن الأداء، أو بفوت شرط البر، كما في الحلف على مسِّ السماء، والصوم بعد الزوال.

وبعد الأكل متصور كما في صورة الناسي، وكذا الصلاة من الحائض متصور؛ لأن درور الدم لا ينافي الصلاة؛ كما في المستحاضة، إلا أنها لم تشرع ففات شرط أدائه شرعًا، بخلاف مسألة الكوز؛ لأن هناك محل الفعل غير قائم؛ لأن محل شربه الماء الذي في الكوز في هذا الوقت وهو معدوم، ولا يتصور وجوده كما ذكرنا، إليه أشار في الذخيرة.

قوله: (لا يسمى صلاة)؛ ألا ترى أنه لا يقال: صلّى ركوعًا أو قيامًا، وإنما يقال: صلى ركعة.

وفي مبسوط بكر: ولا يشترط القعدة؛ لأنها نصف القيام الموجود في أول الافتتاح، والتكرار ليس بشرط.

قوله: (لِلنَّهْيِ عَنِ البُتَيْرَاءِ)، وقد مرَّ تفسيره، يعني ركعة واحدة، وقال الشافعي في قولٍ، وأحمد في روايةٍ: يحنث بالشروع؛ لأنه يسمَّى مصلِّيًا، وفي وجهٍ: يحنث بالتمام على وجه الصحة.

ولو قال: لله عليَّ صوم، يجب عليه صوم بالإجماع، وكذا لو قال: صلاة، تجب عليه ركعتان عندنا، وبه قال الشافعي في قولٍ، ومالك، وأحمد في روايةٍ، وفي قولٍ: تجب عليه ركعة واحدة، وبه قال أحمد في رواية.

(ولو حلف لا يصلي صلاة لا يحنث) بالفاسد بالإجماع؛ لأنه يراد به

بَابُ اليَمِينِ في لُبْسِ الثِّيَابِ والحُلِيّ وَغَيْرِ ذَلِكَ

(وَمَن قَالَ لِامرَأَتِهِ: إن لَبِستُ مِن غَزلِكِ فَهُوَ هَديٌ، فَاشتَرَى قُطنًا فَغَزَلَتهُ وَنَسَجَتهُ فَلَبِسَهُ، فَهُوَ هَديٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَيسَ عَلَيهِ أَن يُهدِيَ حَتَّى تَغزِلَ مِن قُطن مَلَكَهُ يَومَ حَلَفَ)(*) وَمَعنَى الهَدِي التَّصَدُّقُ بِهِ بِمَكَّةَ، لِأَنَّهُ اسمٌ لِمَا يُهدَى إِلَيهَا. لَهُمَا: أَنَّ النَّذرَ إِنَّمَا يَصِحُّ فِي المِلكِ أَو مُضَافًا إِلَى سَبَبِ المِلكِ وَلَم يُوجَد، لِأَنَّ اللُّبسَ وَغَزلَ المَرأَةِ لَيسَا مِن أَسبَابِ مِلكِهِ ....

التقربُ إلى الله تعالى، وذا بالصحيح، وكذا في الصوم، بخلاف البيع فإنه يحنثُ بالفاسد عندنا، وبه قال مالك، وعند الشافعي لا يحنث بالفاسد، وفي النكاح لا يحنث بالفاسد، وبه قال الشافعي، وقال مالك: يحنث.

باب اليمين في لبس الثياب والحلي

قدَّم هذا الباب على الضرب والقتل لكون اللبس أكثر وقوعًا منهما، أو هو مشروعًا وجودًا وعدمًا، ودونهما الحُليّ على فعول -بضم الحاء وتشديد الياء- جمع حَلْي -بفتح الحاء وسكون اللام- كثُدَي في جمع ثَدْي، فجمعه في لقب الباب بدلالة قرانه بالثياب، وذكر فيما بعده بلفظ الواحد لأن به اكتفاء.

قوله: (فهو هديٌ) أو صدقة على فقراء مكة إما بعينه أو بقيمته، وفي التزام هدي هو شاة تجب إراقتها والتصدق بلحمها على فقراء مكة، ولا يجوز إهداء قيمتها؛ لأن القربة فيها الإراقة، وفي الثوب التصدق، والمقصود منه سد خلة الفقراء فالقيمة كالعين فيه، وفي التزام هدي ما لا ينقل كالعقار تجبُ قيمته؛ لأنه لا يمكن نقل عينه إلى مكة، كذا ذكره التمرتاشي، والمرغيناني.

قوله: (في الملك أو مضافًا إلى سببه)؛ لقوله عليه السلام: «**لا نذْرَ فيما لا يملكُهُ ابنُ آدم**»(١)، ولم يوجد واحد منهما؛ إذْ غزلها ليس بسبب الملك له؛ لأن غزلها قد يكون من قُطن نفسها؛ ولهذا لو قال: إن لبستُ من غزلكِ من قطنكِ؛ فليس بهدي إجماعًا، وكذا لو قال: إن لبستُ من غزلكِ من قطني، فهو

(*) الراجح: قول الصاحبين.

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٦٢ رقم ١٦٤١) من حديث عمران بن حصين ﵁.

لَهُ: أَنَّ غَزلَ المَرأَةِ عَادَة يَكُونُ مِن قُطنِ الزَّوجِ، وَالمُعتَادُ هُوَ المُرَادُ، وَذَلِكَ سَبَبٌ لِمِلكِهِ، وَلِهَذَا يَحنَثُ إذَا غَزَلَت مِن قُطن مَملُوك لَهُ وَقتَ النَّذرِ، لِأَنَّ القُطنَ لَم يَصِر مَذكُورًا.

(وَمَن حَلَفَ لَا يَلبَسُ حُلِيًّا، فَلَبِسَ خَاتَمَ فِضَّة، لَم يَحنَث) لِأَنَّهُ لَيسَ بِحُلِيٍّ عُرفًا وَلَا شَرعًا حَتَّى أُبِيحَ استِعمَالُهُ لِلرِّجَالِ وَالتَّخَتُّمُ بِهِ ....

هديٌ مما ليس من غزلها في الحال، وبعد اليمين إجماعًا.

قوله: (**لَهُ**) أي: لأبي حنيفة، وبقوله قال الشافعي إنه أضاف النذر إلى سبب الملك؛ لأن غزلها سبب لوقوع الملك للزوج؛ لأن غزلها من قطن الزوج عادة، وما يغزله منه يصير ملكًا له فاليمين ينصرف إلى المعتاد، وهو معنى قوله: (**وذلك سبب لملكه**) أي: الغزل من قطن الزوج سبب لملكه، وباعتبار السببية حنث إذا غزلت من قطن الزوج وقت النذر ولبسه وإن لم يكن القطن مذكورًا.

يعني إنما صرفنا مُطلق نذره إلى قطن هو ملك الزوج عادة وإن لم يكن القُطن مذكورًا؛ إذِ العادة أن غزلها في بيت الزوج سبب لملكه، وفي هذا لا فرق أن يكون القطن مملوكًا له وقت النذر أو لم يكن، ولهذا لو اشترى الزوج قطنًا فغزلته ونسجته كان الثوب للزوج، بخلاف ما لو غصب قطنًا وغزله ونسجه لا يكون [٥٦٤/ب] الغزل منه، بل يكون للغاصب، فباعتبار العُرف وُجدَ سبب الإضافة إلى الملك فاستغنى عن قيام الملك في الحال، إليه أشار شمس الأئمة في جامعه.

قوله: (**حلف لا يلبس حليًّا**) بفتح الحاء وسكون اللام، وقد ذكرناه.

قوله: (**فلبس خاتم فضة لم يحنث**)، وعند الأئمة الثلاثة يحنث.

وفي جامع قاضي خان: قال مشايخنا: هذا إذا كان خاتم الفضة مصوغًا على هيئة خاتم الرجال إن لم يكن فيه فصٌّ، فإن كان فيه فصٌّ حنث.

قوله: (**والتختم به**) إلى آخره؛ يعني: التزين بالذهب والفضة حرام للرجال، وإنما حلَّ التختم بالفضة لقصد الختم لإقامة السنّة لا للتزيّن فلم يكن حليًّا كاملًا لا يدخل تحت مُطلق اسم الحلي، ولهذا لو لبس خاتم ذهب سواء

لِقَصدِ الخَتمِ (وَإِن كَانَ مِن ذَهَب حَنِثَ) لِأَنَّهُ حُلِيٌّ وَلِهَذَا لَا يَحِلُّ استِعمَالُهُ لِلرِّجَالِ. (وَلَو لَبِسَ عِقدَ لُؤلُؤ غَيرَ مُرَصَّع لَم يَحنَث عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَحنَثُ) لِأَنَّهُ حُلِيٌّ حَقِيقَة حَتَّى سُمِّيَ بِهِ فِي القُرآنِ. وَلَهُ: أَنَّهُ لَا يُتَحَلَّى بِهِ عُرفًا إِلَّا مُرَصَّعًا، وَمَبنَى الأَيمَانِ عَلَى العُرفِ. وَقِيلَ: هَذَا اختِلَافُ عَصر وَزَمَان، وَيُفتَى بِقَولِهِمَا، لِأَنَّ

كان معه فصٌّ أو لم يكن، أو لبس خلخالًا من ذهب أو فضة، أو دُمْلُوجًا[1]، أو سوارًا يحنث، سواء كان من ذهب، أو فضة، أو حجر بالإجماع؛ لأنه حلي كامل ولا يستعمل إلا للتزين؛ ولهذا لا يحل للرجال.

قوله: (ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لم يحنث) عنده، في الصحاح: العِقد -بكسر العين- القِلادة، والترصيع التركيب[2].

(غير مرصع) أي: غير مركب بذهب وفضة، هكذا فسره التمرتاشي.

وعلى هذا الخلاف عقد زبرجد أو زمرد غير مرصع، وبقولهما قالت الأئمة الثلاثة.

(حتى سُمِّيَ به) أي: بالحلي **(في القرآن)**، قال تعالى: ﴿وَتَسْتَخْرِجُونَ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا﴾ [فاطر:١٢]، وإنما يستخرج من البحر اللؤلؤ، وقال تعالى: ﴿يُحَلَّوْنَ فِيهَا مِنْ أَسَاوِرَ مِن ذَهَبٍ وَلُؤْلُؤًا﴾ [فاطر:٣٣]، جعل اللؤلؤ حليًا؛ لأنه جعل تفسيرًا لقوله: ﴿يُحَلَّوْنَ﴾، كذا في جامع قاضي خان.

(وله) أي: لأبي حنيفة أن العادة لم تجر، أي: بالتحلي به **(إلا مُرصَّعًا)** بذهب أو فضة.

قال التمرتاشي والمرغيناني: ومن مشايخنا من قال: على قياس قول أبي حنيفة لا بأس بأن يلبس الغلمان والرجال اللؤلؤ.

قوله: (ويفتي بقولهما)؛ لأن قولهما أقربُ إلى عرف ديارنا.

وفي المحيط: حلف لا يلبس حليًا فلبس مِنْطَقَةً مُفَضَّضَةً[3]، أو سَيْفًا

---

(١) دملوج: حلية تحيط بمعصم اليد، سوار، والجمع: دماليج.
(٢) الصحاح تاج اللغة للجوهري (١٢١٩/٣).
(٣) مُفَضَّضٌ: مَطْلِيٌّ بِالفِضَّةِ، أَوْ مُرَصَّعٌ بِهَا.

التَّحَلِّيَ بِهِ عَلَى الِانفِرَادِ مُعتَادٌ (وَمَن حَلَفَ لَا يَنَامُ عَلَى فِرَاش فَنَامَ عَلَيهِ وَفَوقَهُ قِرَامٌ: حَنِثَ) لِأَنَّهُ تَبَعُ الفِرَاشِ فَيُعَدُّ نَائِمًا عَلَيهِ (وَإِن جَعَلَ فَوقَهُ فِرَاشًا آخَرَ فَنَامَ عَلَيهِ لَا يَحنَثُ) لِأَنَّ مِثلَ الشَّيءِ لَا يَكُونُ تَبَعًا لَهُ فَقَطَعَ النِّسبَةَ عَن الأَوَّلِ (وَلَو حَلَفَ لَا يَجلِسُ عَلَى الأَرضِ، فَجَلَسَ عَلَى بِسَاط، أَو حَصِير، لَم يَحنَث) لِأَنَّهُ لَا يُسَمَّى جَالِسًا عَلَى الأَرضِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا حَالَ بَينَهُ وَبَينَ الأَرضِ لِبَاسُهُ، لِأَنَّهُ تَبَعٌ لَهُ فَلَا يُعتَبَرُ حَائِلًا (وَإِن حَلَفَ لَا يَجلِسُ عَلَى سَرِير فَجَلَسَ عَلَى سَرِير فَوقَهُ بِسَاطٌ أَو حَصِيرٌ حَنِثَ) لِأَنَّهُ يُعَدُّ جَالِسًا عَلَيهِ، وَالجُلُوسُ عَلَى السَّرِيرِ فِي العَادَةِ كَذَلِكَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا جَعَلَ فَوقَهُ سَرِيرا آخَرَ، لِأَنَّهُ مِثلُ الأَوَّلِ فَقَطَعَ النِّسبَةَ عَنهُ.

مُفَضَّضًا؛ لم يحنث[١]، وبه قال الشافعي وأحمد.

قوله: (على فراش) المراد فراش معين؛ ولهذا قال في غير هذا الكتاب: على هذا الفراش، وبدليل.

قوله: (وإن جعل فوقه فراشاً آخر فنام عليه يحنث)، وبه قال الشافعي؛ لأنه نام عليهما حقيقة وعُرفًا، فيقال: نام على فراشين، وصار كمن حلف لا يكلم فلانًا فسلم على جمع هو فيهم بقوله: السلام عليكم.

وقال في الجميع الكبير: لا يحنث، وقيل: هو قول محمد؛ **(لأنه مثله)** وهو غيره فلا يتبعه فكان نائمًا على الأول دون الثاني، كما لو حلف لا يجلس على هذا الدكان، أو على هذا السطح فجعل فوقه دكانًا آخر، أو بنى فوقه سطحًا آخر؛ لم يحنث.

قوله: (حال بينه وبين الأرض) أي: صار ثوبه حاجزًا بينه وبين الأرض، يحنث في هذه الصورة إذا كان لابسًا ثوبه، أما لو نزع ثوبَه وبسطه عليه لا يحنث؛ لأن ثوبه حينئذٍ لم يبق تبعًا له؛ لأن التبعية باعتبار لبسه وبعد نزعه صار كالبساط والحصير.

---

(١) المحيط البرهاني لابن مازة (٣١٦/٤).

بَابُ اليَمِينِ فِي الضَّربِ وَالقَتلِ وَغَيرِهِ

(وَمَن قَالَ لِآخَرَ: إن ضَرَبتُكَ فَعَبدِي حُرٌّ، فَمَاتَ فَضَرَبَهُ فَهُوَ عَلَى الحَيَاةِ) لِأَنَّ

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

أي: الغسل والكسوة، وقد ذكرنا وجه مناسبة الباب.

قيل: الضرب اسم لفعلٍ مؤلم يتصل بالبدن، وقيل: هو استعمال آلة التأديب في محل قابل للتأديب بالإيلام.

قيل: يشكل هذا بقوله تعالى: ﴿وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَٱضْرِب بِّهِۦ وَلَا تَحْنَثْ﴾ [ص:٤٤] فقد برأ أيوب عليه السلام بضرب الضغث، وهو حزمة صغيرة من حشيش، أو ريحان ولم يوجد فيه إيلام.

قيل في جوابه: هذا حكم مخصوص بأيوب عليه السلام كرامة له، بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره.

ورُدَّ بأن في كتاب الخيل تمسك به في جواز الحيلة، وعن ان عباس أن الضغث عبارة عن قبضة من الشجر، فجاز أن يكون فيه ألمٌ، فكان حكمًا باقيًا في شريعتنا، ولهذا ذكر في الكشاف: وهذه رخصة باقية، وعن النبي ﷺ أنه أتي بمُخْدَجٍ - أي ناقص الخلق - قد حَنِثَ بأمةٍ، فقال عليه السلام: «**خذوا عِثْكَالًا** - أي: عنقود النخل - **فَاضْرِبُوهُ بِهَا ضَرْبَةً**»[(١)]، ويجب أن يصيب المضروب كل واحد من المائة، إما أطرافها قائمة وإما أعراضها مبسوطة مع وجود صورة الضرب[(٢)].

فقد ذكر في شرح الطحاوي: حلف ليضربن فلانًا مائة سوط، فضربه بها ضربة واحدة، إن وصل إليه كل سوط بحياله برَّ في يمينه، والإيلام شرطٌ فيه؛ لأن القصد من الضرب [٥٦٥/أ] الإيلام، وبه قال الشافعي والمزني، ويبرّ بمجرد الضرب دون الإيلام.

وقال مالك وأحمد: يحنث إن يفرقها، ووصول الألم شرط عندهما.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٥٩ رقم ٢٥٧٤)، وأحمد (٥/ ٢٢٢ رقم ٢١٩٨٥) من حديث سعد بن عبادة ﷺ.

(٢) تفسير الزمخشري الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل (٤/ ٩٨).

الضَّربَ اسمٌ لِفِعل مُؤلِم يَتَّصِلُ بِالبَدَنِ، وَالإِيلَامُ لَا يَتَحَقَّقُ فِي المَيِّتِ، وَمَن يُعَذَّبُ فِي القَبرِ تُوضَعُ فِيهِ الحَيَاةُ فِي قَولِ العَامَّةِ، وَكَذَلِكَ الكِسوَةُ، لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّمليكُ عِندَ الإِطلَاقِ، وَمِنهُ الكِسوَةُ فِي الكَفَّارَةِ وَهُوَ مِن المَيِّتِ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا أَن يَنوِيَ بِهِ السَّترَ، وَقِيلَ: بِالفَارِسِيَّةِ يَنصَرِفُ إِلَى اللُّبسِ (وَكَذَا الكَلَامُ وَالدُّخُولُ) لِأَنَّ المَقصُودَ

وفي الكافي: الأصل فيه أن يشارك الميت فيه الحي، فاليمين وقعت على الحالين، وما اختص به الحي يتقيدُ بالحياة، فلو قال: إن ضربتكَ، أو كسوتكَ، أو دخلتُ عليكَ، أو قال لامرأته: إن وطئتكِ أو قبلتكِ فعبده حرٌ؛ يتقيد بالحياة، حتى لو فعل هذه الأشياء بعد الموت لا يحنثُ؛ لأن الضربَ اسمٌ لفعل مؤلم، والميت لا يتألّم بضرب بني آدم، وإن ذلك مما يتفردُ به الله تعالى كما في عذاب القبر فإنه ثابتٌ عند أهل السنة وإن اختلفوا في كيفيته.

فقال بعضهم: نؤمن بأصل العذاب، ونسكت عن الكيفية؛ لأن الواجب علينا تصديق ما جاء في السنة المشهورة وهو التعذيب بعد الموت، فنؤمن به ولا نشتغل بكيفيته، وعند العامة توضع فيه الحياة بقدر ما يتألم؛ لأن الإيلام لا يكون بلا حياة ولا علم.

ثم اختلفوا، فقيل: توضع فيه الحياة بقدر ما يتألم، لا الحياة المطلقة.

وقيل: توضع فيه الحياة من كل وجه.

وقيد في الكتاب بقول العامة: احترازًا عن قول أبي الحسن الصالحي فإن عنده يعذبُ الميت بغير حياة، ذكره في تبصرة الأدلة.

قوله: (وكذلك الكسوة)؛ يعني في قوله: إن كسوتكَ فعبدي حرٌ، فكساه بعد الموت لا يحنث.

(لأنه يراد به) أي: بالكسوة على تأويل الإكساء، أو بقوله: **كسوتكَ.**

(وهو) أي: التمليك من الميت لا يتحقق، ولهذا لو تبرع عليه أحدٌ بالكفن ثم أكله السبع يعود الكفن إلى المتبرع لا إلى وارث الميت، ذكره التمرتاشي.

قوله: (إلا أن ينوي به) أي: بالكسوة على تأويل الإكساء، أو بقوله: كسوتكَ فحينئذٍ يحنث؛ لأن فيه تشديدًا عليه، والميت يُستَر كالحيِّ.

فإن قيل: الميت مما يُكسَى الكفن.

مِن الكَلَامِ الإِفهَامُ وَالمَوتُ يُنَافِيه، ....

قلنا: لا، ولكن يلبس الكفن، والإلباس غير الإكساء فإنه لا يُنبي عن التمليك، يقال: كسى الأمير فلانًا؛ أي: ملكه كسوة، وقال تعالى في الكفارة: ﴿أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾ [المائدة:٨٩]، ويرادُ به التمليك.

فأما الإلباس عبارة عن الستر والتغطية، والميت محل لذلك؛ ألا ترى أنه لو حلف لا يلبس فلانًا ثوبًا؛ فهو على الحياة والوفاة جميعًا، كذا ذكره قاضي خان، والمحبوبي.

قوله: (والموت ينافيه) أي: ينافي الكلام؛ لأن المراد من الكلام الاستماع، قال تعالى: ﴿إِنَّكَ لَا تُسْمِعُ ٱلْمَوْتَىٰ﴾ [النمل:٨٠]، وقال تعالى: ﴿وَمَآ أَنتَ بِمُسْمِعٍ مَّن فِي ٱلْقُبُورِ﴾ [فاطر:٢٢].

فإن قيل: قد رُوي أن قتلى بدر لما أُلقوا في القليب قام رسول الله ﷺ على رأس القليب وقال: «**هل وجدتُم ما وعدكُم ربُّكُم حقًّا؟**» فقال عمر: أتكلم الميت يا رسول الله! فقال عليه السلام: «**ما أنتم بأسمَعَ من هؤلاءِ**»[(١)].

قلنا: هو غير ثابت فإنه لما بلغ هذا الحديث عائشة قالت: كذبتم على رسول الله فإنه تعالى قال: ﴿فَإِنَّكَ لَا تُسْمِعُ ٱلْمَوْتَىٰ﴾ [الروم:٥٢]، ﴿وَمَآ أَنتَ بِمُسْمِعٍ مَّن فِي ٱلْقُبُورِ﴾ [فاطر:٢٢][(٢)]، على أنه عليه السلام كان مخصوصًا به معجزة له.

وقيل: المقصود وعظ الأحياء لا إفهام الموتى كما رُوي عن علي رضي الله عنه إذا أتى المقابر قال: عليكم السلام ديار قوم مؤمنين أما نساؤكم فقد نكحت، وأما أموالكم فقد قسمت، وأما دوركم فقد سكنت فهذا خبركم عندنا فما خبرنا عندكم؟

وكان يقول: سلِ الأرض من شق أنهارَكِ؟ وغرس أشجارَكِ؟ وجنى ثمارَكِ؟ فإن لم تجبك جوابًا أجابتك اعتبارًا، وكان ذلك على سبيل الوعظ للأحياء لا للخطاب للموتى.

---

(١) أخرجه البخاري (٥/ ٧٦ رقم ٣٩٧٦)، ومسلم (٤/ ٢٢٠٤ رقم ٢٨٧٥) من حديث أبي طلحة رضي الله عنه.
(٢) أخرجه البخاري (٥/ ٧٧ رقم ٣٩٨٠)، ومسلم (٢/ ٦٤٣ رقم ٩٣٢).

وَالْمُرَادُ مِنَ الدُّخُولِ عَلَيهِ زِيَارَتُهُ وَبَعدَ المَوتِ يُزَارُ قَبرُهُ لَا هُوَ ....

قوله: (والمراد من الدخول عليه) إلى آخره؛ يعني: المراد من الدخول عليه إكرامه بتعظيمه، أو إهانته بتحقيره، أو زيارته ولا يتحقق [الكل][(١)] بعد الموت؛ لأنه لا يزار الميت بل يزار قبره، قال عليه السلام: «**كنتُ نهيتُكم عن زيارةِ القبورِ ألا فزوروها ولا تقولوا هُجرًا**» أي فحشًا، ولأن الميت كالغائب في حق الأحياء، ومن طاف بباب رجل لا يُعدّ زائرًا له، ولو دخل عليه وهو نائم لا يُعدّ زائرًا، فهاهنا أولى، والغرض من الوطء والتقبيل قضاء الشهوة، وذا لا يتحقق بعد الموت.

فإن قيل: أليس أن النبي ﷺ قبَّل عثمان [بن][(٢)] مظعون بعدما أدرج في الكفن[(٣)]، [وقبَّل أبو بكر ﷺ ما بين عيني رسول الله عليه السلام بعدما أدرج في الكفن[(٤)]][(٥)].

قلنا: ذا ضرب من الشفقة أو التعظيم والموت لا ينافيه، وتقبيل النساء لاقتضاء الشهوة فتقيد بالحياة، حتى لو كان للشفقة أو التعظيم كما في الولد، أو الوالد، [أو][(٦)] العالم.

قيل: لا يتقيد بالحياة، وقيل: يتقيد أيضًا؛ لأن الأوهام [٥٦٥/ب] لا تنصرف إلى تقبيل الميت، بخلاف: إن غسلتك، أو حملتك، أو مسستك، أو ألبستك فإنها لا تتقيدُ بالحياة؛ لأن الغسل يرادُ به التنظيف والتطهير، وذا يتحقق في الميت.

ألا ترى أنه يجب غسل الميت تطهيرًا فكيف ينافيه، ولو صلَّى على ميت

---

(١) في الأصل: (الحق)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) في الأصل: (بعد)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٠١ رقم ٣١٦٣)، والترمذي (٢/ ٣٠٥ رقم ٩٨٩)، وابن ماجه (١/ ٤٦٨ رقم ١٤٥٦) من حديث عائشة رضي الله عنها.
قال الترمذي: حديث عائشة حديث حسن صحيح.
(٤) أخرجه البخاري (٥/ ٦ رقم ٣٦٦٧) من حديث عائشة رضي الله عنها.
(٥) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٦) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(وَلَو قَالَ: إن غَسَّلتُك فَعَبدِي حُرٌّ، فَغَسَّلَهُ بَعدَ مَا مَاتَ، يَحنَثُ) لِأَنَّ الغُسلَ هُوَ الإِسَالَةُ وَمَعنَاهُ التَّطهِيرُ وَيَتَحَقَّقُ ذَلِكَ فِي المَيِّتِ (وَمَن حَلَفَ لَا يَضرِبُ امرَأَتَهُ، فَمَدَّ شَعْرَهَا أَو خَنَقَهَا أَو عَضَّهَا، حَنِثَ) لِأَنَّهُ اسمٌ لِفِعل مُؤلِم وَقَد تَحَقَّقَ الإِيلَامُ، (وَقِيلَ: لَا يَحنَثُ فِي حَالِ المُلَاعَبَةِ) لِأَنَّهُ يُسَمَّى مُمَازَحَة لَا ضَربًا (وَمَن قَالَ: إن لَم

قبل الغُسل لم يجز، وبعده يجوز، ولو صلى حامل ميت لم يُغَسَّل لم يجز، ولو كان غَسيلًا جاز، والحمل يتحقق بعد الموت، قال عليه السلام: «**من حمل ميتًا فليتوضأ**»[1]، والمس للتعظيم والشفقة فيتحقق بعد الموت، والإلباس التغطية وقد ذكرناه.

قوله: (**مد شعرها أو خنقها أو عضها، حنث**)، وبه قال مالك وأحمد، فمالك يعتبرُ وصول الألم إلى جسمها، أو قَلبِها، من شتم أو سبٍّ أو غيره؛ ليتحقق الإيلام بها وهو المقصود، ولبعض أصحاب الشافعي مثل قوله.

وعند الشافعي العض والخنق والقرص ونتف الشعر ليس بضرب فلا يحنث بها، وفي الوكز، واللكز، واللطم له وجهان:

أحدهما -وهو الأصح-: أنه ضربٌ، ولا يشترط فيه الإيلام؛ لأن اليمين يتعلق باسم الضرب، ولم يشترط في تحققه الإيلام، يقال: ضربه ولم يؤلمه بخلاف الحد والتعزير؛ لأن الإيلام فيهما شرط ليحصل الزجر.

وقلنا: الضرب عبارة عن فعل مؤلم وقد حصل، وسمي هذا في العُرف ضربًا، قالوا: إذا كانت هذه الأفعال في حالة الغضب، أما لو كانت في حالة

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٠١ رقم ٣١٦١)، والترمذي (٢/ ٣٠٩ رقم ٩٩٣)، وابن ماجه (١/ ٤٧٠ رقم ١٤٦٣)، وأحمد (٢/ ٤٥٤ رقم ٩٨٦٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
قال الترمذي: حديث حسن، وقال النووي: وقال (الترمذي): حديث حسن. وضعفه الجمهور، وبسط البيهقي القول في طرقه وقال: الصحيح أنه موقوف على أبي هريرة، قال: قال الترمذي: عن البخاري، عن أحمد بن حنبل، وعلي بن المديني قالا: لا يصح في هذا الباب شيء، وكذا قال محمد بن يحيى الذهلي الإمام شيخ البخاري: لا أعلم فيه حديثًا ثابتًا. خلاصة الأحكام (٣٣٤٠)، وقال ابن حجر: وصالح ضعيف. . .، وذكر البيهقي له طرقا وضعفها ثم قال والصحيح أنه موقوف. التلخيص الحبير (١/ ٣٧٠).

أَقْتُل فُلَانًا فَامرَأَتُهُ طَالِقٌ وَفُلَانٌ مَيِّتٌ وَهُوَ عَالِمٌ بِهِ، حَنِثَ) لِأَنَّهُ عَقَدَ يَمِينَهُ عَلَى حَيَاة يُحدِثُهَا اللَّهُ فِيهِ ....

الملاعبة لا يحنث؛ لأنه لا يسمَّى ضربًا، بل ممازحة، وهذا يدل على أنه لو ضربه حال الممازحة لا يحنث.

وفي جمع التفاريق: الضربُ لا يقع على الرمي بحجر وغيره، ذكره التمرتاشي.

قالوا: هذا إذا كانت اليمين بالعربية، أما لو كانت بالفارسية لا يحنث بهذه الأفعال.

وفي جامع شمس الأئمة، والفوائد الظهيرية: المقصودُ من الضرب الإيلام، وقد وُجِد في العض وغيره.

فإن قيل: يشكل ذلك بما لو قال: إن أديتُ حقكَ من هذا الكيس الأبيض فعبده حر، فدفعه من الكيس الأسود لا يحنث، وإن كان المقصود وصول حقه، وقد وُجِد.

قلنا: حصول حقه هناك من الكيس الأبيض ولم يُوجَد، فلا يوجد الشرط، وهاهنا علَّق الحكم بمطلق الضرب، فمد الشعر والعض من أنواع الضرب بجامع معنى الإيلام، فبوجود العض كان الضرب موجودًا معنى فيحنث، كذا في فوائد الحُميدية.

فإن قيل: يمين الضرب لا يخلو إما أن تعلقت بصورة الضرب عرفًا، وهي إيقاع آلة التأديب في محل قابل له، أو بمعناه وهو الإيلام، أو بهما.

فلو قلت بصورته ينتقض بمد الشعر وغيره؛ لأنه لا يسمى ضربًا عرفًا، بدليل تغاير الأسماء من المد والعض والخنق، ولو قلت بمعناه ينتقض بالرمي ففيه إيلام ولم يحنث كما ذكرنا، ولو قلت بهما ينتقض بالضرب مع الإيلام في حالة الممازحة، ومع أنه لا يحنث، ذكره في الفوائد الظهيرية.

قلنا: شرط الحنث الضرب صورةً وعرفًا بمعناه وهو الإيلام، وإليه أشار في الكتاب؛ لأنه أي الضرب اسم لفعل مؤلم ولم يحصل الجواب بهذا عن كل ما انتقض. إليه أشار في الفوائد الظهيرية.

وَهُوَ مُتَصَوَّرٌ فَيَنعَقِدُ ثُمَّ يَحنَثُ لِلعَجزِ العَادِيِّ (فَإِن لَم يَعلَم بِهِ لَا يَحنَثُ) لِأَنَّهُ عَقَدَ يَمِينَهُ عَلَى حَيَاة كَانَت فِيهِ، وَلَا تُتَصَوَّرُ فَيَصِيرُ قِيَاس مَسأَلَةِ الكُوزِ عَلَى الِاختِلَافِ، وَلَيسَ فِي تِلكَ المَسأَلَةِ تَفصِيلُ العِلمِ وَهُوَ الصَّحِيحُ.

قوله: **(وهو متصور)** أي: إحداث الحياة ممكن؛ لأنه تعالى قادرٌ على إعادة الحياة فيه؛ إذِ الروح لا تموت، لكنه زال عن قلب فلان، فإذا أعاده أمكنه قتله فينعقد، ثم يحنث للعجز الحالي، كمسألة صعود السماء، كذا في الكافي.

قوله: **(عقد يمينه على حياة)** أي: على إزهاق روح قائم به زمان انعقاد اليمين، وهو غير متصور فلا ينعقد يمينه.

قوله: **(فيصير قياس مسألة الكوز على الاختلاف)** فعندهما لا يحنث، وعنده يحنث، وقد مرَّ ما فيه من الأبحاث فلا نعيدُه.

(في تلك المسألة) أي: مسألة الكوز **(تفصيل العلم)** يعني لا يحنثُ عندهما سواء علم بالماء فيه أو لا.

وقوله: **(هو الصحيح)** احتراز عن قول مشايخ العراق فإنه في شرح الطحاوي: ولو كان يعلم أن لا ماء في الكوز فحلف يحنث بالاتفاق، وعن أبي حنيفة في رواية أخرى أنه لا يحنث سواء علم، أو لم يعلم، وهو قول زفر، وهو الصحيح كما ذكر في الكتاب؛ لأن عقد يمينه على شرب ماءٍ [٥٦٦/أ] موجود في الكوز، ولو أحدث الله تعالى الماء ليس ذلك هو الماء الذي كان موجودًا في الكوز، بخلاف القتل إذا كان يعلم بموت فلان؛ لأنه انعقد يمينه على فعل القتل في فلان، فإذا أحياه الله فهو فلان، فكان ما عقد عليه يمينه متوهّمًا.

ونظير مسألة الكوز أن يقول: والله لأقتلن هذا الميت فإن يمينه لا ينعقد؛ لأنه عقدها على تفويت حياة معلومة زمان الحلف، فلو أحدث الله فيه حياة لا تكون هي حياة حلف على تفويتها؛ لأن هذه موجودة وتلك معلومة، إليه أشار في الفوائد الظهيرية، وقد مرَّ الإيجاب فيه.

وفي الكافي: وهل على هذا الخلاف مسائل، منها: إذا قال: إن أر فلانًا فلم أعلمك فعبده حرٌّ، فرآه معه فما نطق شيئًا؛ لم يعتق عندهما، ويعتق عند أبي يوسف.

بَابُ اليَمِينِ في تَقَاضِي الدَّرَاهِمِ

(وَمَن حَلَفَ لَيَقضِيَنَّ دَينَهُ إِلَى قَرِيب، فَهُوَ عَلَى مَا دُونَ الشَّهرِ، وَإِن قَالَ: إِلَى بَعِيد، فَهُوَ أَكثَرُ مِن الشَّهرِ) لِأَنَّ مَا دُونَهُ يُعَدُّ قَرِيبًا، وَالشَّهرُ وَمَا زَادَ عَلَيهِ يُعَدُّ بَعِيدًا،

ومنها: ما إذا حلف ليقتلن فلانًا غدًا فمات اليوم، أو حلف ليأكلن هذا الرغيف غدًا فأكله اليوم أو تلف، أو حلف لأقضين حقه غدًا فقضاه اليوم؛ سقطت اليمين عندهما، وبه قال مالك، خلافًا لأبي يوسف، وبقوله قال الشافعي، إلا أن للشافعي في التلف قولان.

قوله: **(للعجز العادي)**[1] هو منسوبٌ إلى العادة، فالقياس أن يقال: عادتي، إلا أن تاء التأنيث تسقط عند النسبة، فإنه يقال: بصري، ولا يقال: بصرتي.

باب اليمين في تقاضي الدراهم

لما كانت الدراهم من الوسائل في البياعات والإجارات وغيرهما أخَّر اليمين بها، وخصَّ الدراهم دون الدنانير؛ لأنها أكثر استعمالًا حتى قدر أقل المهر، ويضاف السرقة بها دون الدنانير.

ولقب الباب باسم التقاضي وهو الطلب، وذكر مسائله بلفظ القضاء وهو الأداء، وبلفظ القبض، وبلفظ عدد الدراهم، إلا أن التقاضي سببٌ للقضاء والقبض والعدّ، ولقب الباب باسم هو سببٌ لهذه الأفاعيل على جهة الاختصار.

الأصل أن الديون تُقضَى بأمثالها، وأن العيب لا يعدم الجنس، وأن ما دون الشهر قريبٌ، وما فوقه بعيد.

قوله: **(فهو أكثر من شهر)**، والشهر كذلك، إلا إنه ذكر الأكثر بمقابلة ما دُون الشهر الذي ذكر قبله.

(لأن ما دونه) أي: دون الشهر **(يعدّ قريبًا)** عرفًا، **(وما زاد عليه)** أي: على الشهر **(بعيدًا)** عُرفًا، وعند الشافعي مدة القريبة والبعيدة لا تتقدر بشيء، وبه قال الشافعي وأحمد؛ لوقوعهما على القليل والكثير، فمتى قضى برَّ، وإنما يحكم بحنثه إذا مات قبل أن يقضيه مع التمكن.

---

(١) انظر المتن ص ٩٧٩.

وَلِهَذَا يُقَالُ عِندَ بُعدِ العَهدِ: مَا لَقِيتُك مُنذُ شَهر (وَمَن حَلَفَ لَيَقضِيَنَّ فُلَانا دَينَهُ اليَومَ، فَقَضَاهُ، ثُمَّ وَجَدَ فُلَانٌ بَعضَهَا زُيُوفًا أَو نَبَهرَجَة أَو مُستَحَقَّة، لَم يَحنَث الحَالِفُ) لِأَنَّ الزِّيَافَةَ عَيبٌ وَالعَيبُ لَا يُعدِمُ الجِنسَ، وَلِهَذَا لَو تَجُوزُ بِهِ صَارَ مُستَوفِيًا، فَوُجِدَ شَرطُ

وقلنا: القريب والبعيد أمرٌ إضافي فيعتبر فيه العُرف، فيقال عند بُعد العهد: ما رأيتك منذ شهر، فعلم أن الشهر وما فوقه بعيدٌ عرفًا، ولأنه لو لم يقدر القريب بشيء لتناول القريب ما تناول البعيد وهو محال، كذا قيل.

وفي المحيط: حلف ليقضين حقه آجلًا؛ فهو على الشهر، وعاجلًا فهو على ما دون الشهر، ولو نوى بـ(عاجلًا) سنة كان على ما نوى؛ لأن السنة عاجلٌ بالنسبة إلى ما أكثر منها، وكالدنيا فإنها عاجلة بمقابلة الآخرة، ذكره في مبسوط بكر. **قوله**: **(زُيُوفًا، أَوْ نَبَهْرَجَةً)**، الزيوف من زافت عليه دراهمه؛ أي: صارت مردودة عليه دراهمه؛ أي: صارت مردودة عليه لغش فيها وقد زُيفت إذا ردت.

وفي المبسوط: الزيف ما زيفه بيت المال، ولكنه يروج فيما بين التجار، والنبهرجة ما بهرجه التجار، والمسامح منهم يُتَجَوَّزُ به، والمستقصى منهم لا يتجوّز به لغشٍّ فيه[1]. وقيل: النبهرجة لفظ عجمي معرَّبة، وأصلها: نبهره، وهو الحظ؛ يعني: حظ هذه الدراهم من الفضة الأقل، ومن الغش أكثر مما يُوجَد في دار الضرب.

قوله: **(لم يحنث)**، وبه قال الشافعي، وقال مالك: حنث، قال اللخمي من أصحابه: هذا مراعاة اللفظ، أما بالنظر إلى المقاصد لا يحنث؛ لأن الزيافة في المغرب قياس مصدره الزيوف، وأما الزيافة في لغة الفقهاء: عيب.

يعني اسم الدراهم لا يزول بهذه الأوصاف؛ لأنها عيبٌ، والعيب لا يعدم الجنس.

(ولهذا لو تجوّز به) أي: بالدراهم الزيوف والنبهرجة، وفي بعض النسخ: **(بها)** أي: بالزيف والنبهرجة **(صار مستوفيًا)**، وكذا لو تجوَّز بها في رأس المال المسلّم وبدل الصرف يجوز، ولو زال بذلك اسم الدراهم لكان استبدالًا، وهو

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٢/ ١٤٤).

البِرِّ وَقَبضُ المُستَحَقَّةِ صَحِيحٌ وَلَا يَرتَفِعُ بِرَدِّهِ البِرَّ المُتَحَقِّقَ (وَإِن وَجَدَهَا رَصَاصًا أَو سَتُّوقَة حَنِث) لِأَنَّهُمَا لَيسَا مِن جِنسِ الدَّرَاهِم، حَتَّى لَا يَجُوزَ التَّجَوُّزُ بِهِمَا فِي

حرام فيهما. **قوله: (وَقَبْضُ المستحقة صحيحٌ)**، حتى لو أجازه المستحق جاز، وعند عدم الإجازة ينفسخ القبض، وكذا لو أجازه المستحق في الصرف والسلم بعد الافتراق جاز، فيوجد شرط البرّ فيبرّ.

(ولا يرتفع [٥٦٦/ب] **برده)** أي: برد القضاء **(البر المتحقق)**؛ لأنه شرط البر لا ينتقض يحتمل الانتقاض.

فإن قيل: لما رد المقبوض انتقض من الأصل وصار كأن لم يكن، ولهذا لم يسقط الدين من ذمته، ولهذا ينتقض من الأصل في الصرف والسلم حتى فسدا.

قلنا: انتقض القبض بعد الصحة فيظهر أثرُه في حق حكم يقبل الانتقاض، والبر لا يحتمل الانتقاض فلا يحنث بعد الانحلال.

وتحقيقه أن الديون تقضَى بأمثالها لا بأعيانها حقيقةً وشرعًا؛ لأنه لا ضرورة إلى إسقاط اعتبار الحقيقة؛ لجواز الاستبدال بالديون، فإذا كان كذلك كان الدين مقضيًّا نظرًا إلى أداء مثله فوجد القضاء فيوجد البر فينحل اليمين، أما المقبوض في الصرف والسلم عيّن ما في ذمته حكمًا؛ لعدم جواز الاستبدال فيفسد بالافتراق قبل القبض، إليه أشار في الفوائد الظهيرية، وجامع قاضي خان، والإيضاح.

السَتوق -بالفتح- ازدَى من النبهرج، وعن الكرخي: السَتوق عندهم ما كان الصفراء والنحاس هو الغالب.

وفي المغرب: هو تعريب سه ته[1].

يعني: أن وَجهي الدرهم فضة، وحشوه صفراء ونحاس، فلما لم تكن السُّتُّوقة من جنس الدراهم يحنث، وبه قال الشافعي ومالك بخلاف الزيوف والنبهرجة؛ لما ذكرنا أنه من جنس الدراهم، وذكر التمرتاشي: لو أدَّى المكاتب بدل الكتابة وحكم بعتقه ثم وُجد البدل ستوقة لم يعتق، ولو وجد زيوفًا أو

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٢١٧)، وفيه: وقيل هي تعريب سه تو.

الصَّرفِ وَالسَّلَمِ (وَإِن بَاعَهُ بِهَا عَبدًا وَقَبَضَهُ بَرَّ فِي يَمِينِهِ) لِأَنَّ قَضَاءَ الدَّينِ طَرِيقُهُ المُقَاصَّةُ وَقَد تَحَقَّقَت بِمُجَرَّدِ البَيعِ، فَكَأَنَّهُ شَرَطَ القَبضَ لِيَتَقَرَّرَ بِهِ ....

نبهرجة أو مستحقة لم يبطل العتق.

قوله: (وَقَبَضَهُ بَرَّ فِي يَمِينِهِ)، وقال الشافعي: حنث في يمينه، وبه قال أحمد في رواية؛ لأن المقضي بدل الدين لا الدين، وقال مالك: إن كانت بقيمة حقه برَّ وإن كان أقل من قيمة حقه حنث.

وقلنا: قضاء الدين حقيقةً لا يتصور؛ إذِ القضاء يُصادف العين، والدين وصف في الذمة يظهر أثره عند المطالبة لا في العين، وهذا معنى قول المشايخ: الديون تقضَى بأمثالها بقبض مضمون لا بأعيانها، ولكن طريقه وقوع المقاصة بأن يصير ما يقبضه رب الدين مضمونًا عليه لأنه يقبضه لنفسه على وجه التملك، ولربِّ الدين على المديون مثله فالتقيا قصَاصًا.

وهاهنا وقعت المقاصة بين الدَّين وثمن العبد بمجرد البيع، وصار الثمن قضاءً للدَّين؛ لأن الثمن آخر الدَّينين وجوبًا، قضاءً لأولهما وجوبًا؛ لأن القضاء يتلو الوجوب ولا يسبقه.

وإنما قال في الجامع: فباعه عبدًا وسلمه إليه، ليتقرر الثمن على رب الدين؛ لأن الثمن بنفس البيع وإن وجب على المشتري، إلا أنه بعرض السقوط، وتقرره بالقبض لجواز أن يهلك المبيع قبل القَبض فيبطل البيع، ويعود الدين فشرط تسليمه وقبضه لهذا.

وهذا معنى قول صاحب الكتاب: **(فكأنه شرط القبض ليتقرر به)** أي بالقبض، وذكر الإمام قاضي خان هذا إذا حلف المديون.

وكذا لو حلف رب الدين فقال: إن لم أقبض ما لي عليك، أو لم أستوف فقبض عرضًا بالدين برَّ في يمينه لما قلنا، وعند الشافعي يحنث، وعند مالك إن كان بقيمة حقه برَّ، وعن أحمد روايتين كقولهما.

(وَإِن وَهَبَهَا لَهُ) يَعنِي الدَّينَ (لَم يَبَرَّ) لِعَدَمِ المُقَاصَّةِ، لِأَنَّ القَضَاءَ فَعلَهُ، وَالهِبَةُ إسقَاطٌ مِن صَاحِبِ الدَّينِ (وَمَن حَلَفَ لَا يَقبِضُ دَينَهُ دِرهَمًا دُونَ دِرهَم، فَقَبَضَ بَعضَهُ لَم يَحنَث حَتَّى يَقبِضَ جَمِيعَهُ مُتفرقًا) لِأَنَّ الشَّرطَ قَبضُ الكُلِّ وَلَكِنَّهُ بِوَصفِ التَّفَرُّقِ، أَلَا يُرَى أَنَّهُ أَضَافَ القَبضَ إِلَى دَين مُعَرَّف مُضَاف إِلَيهِ فَيَنصَرِفُ إِلَى كُلِّهِ فَلَا يَحنَثُ إِلَّا بِهِ (فَإِن قَبَضَ دَينَهُ فِي وَزنَينَ لَم يَتَشَاغَل بَينَهُمَا إِلَّا بِعَمَلِ الوَزنِ لَم يَحنَث وَلَيسَ ذَلِكَ بِتَفرِيق) لِأَنَّهُ قَد يَتَعَذَّرُ قَبضُ الكُلِّ دُفعَة وَاحِدَة عَادَة، فَيَصِيرُ هَذَا القَدرُ مُستَثنى مِنهُ (وَمَن قَالَ: إن كَانَ لِي إِلَّا مِائَةُ دِرهَم فَامرَأَتُهُ طَالِقٌ، فَلَمْ يَملِكْ إِلَّا خَمسِينَ دِرهَما لَم يَحنَث) لِأَنَّ المَقصُودَ مِنهُ عُرفًا نَفيُ مَا زَادَ عَلَى المِائَةِ، وَلِأَنَّ استِثنَاءَ المِائَةِ استِثنَاؤُهَا بِجَمِيعِ أَجزَائِهَا (وَكَذَلِكَ لَو قَالَ: غَيرَ مِائَة، أَو سِوَى مِائَة) لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ أَدَاةُ الِاستِثنَاءِ.

قوله: (**فإن وهبها**) أي: الدراهم التي عليه دين (**لم يبر**)؛ لأنه ما قضى دينه، ولم يحنث أيضًا عندهما خلافًا لأبي يوسف؛ لفوات المحلوف عليه وهو الدين، كما في مسألة الكوز.

وقوله في الكتاب: (**لم يبرّ**) يُوهم أنه يحنث؛ بل معناه لم يبر ولم يحنث أيضًا لما ذكرنا؛ لأن **قوله**: (**لم يبر**) أعم من **قوله**: **يحنث**، ومن قوله: يبطل اليمين، فحمل على الثاني تصحيحًا لكلامه.

وقيل: ذكر اليوم في وضع المسألة وقع سهوًا من الكاتب، وذكر البزدوي، والسرخسي، وأبو المعين هذه المسألة مطلقًا غير مؤقتة باليوم.

وفي المحيط: ولو أبرأه، أو وهبه لم يحنث، وكذا لو حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي الدين فوهبه أو أبرأه لم يحنث عندهما، خلافًا لأبي يوسف، وبه قال الشافعي وأحمد.

قوله: (**لأن الشرط**) أي: شرط الحنث (**قبض الكل ولكنه بوصف التفرق**)؛ لأنه أضاف القبض إلى دَين معرَّف بالإضافة إليه فيتناول كله، ولو قبض في أول النهار بعضه وفي آخره بعضه حنث لوجود الشرط، بخلاف التفريق الضروري، فإن قبض دينه في وزنين ولم يتشاغل بينهما إلا بعمل الوزن فإنه لم يحنث عندنا، خلافًا لزفر فإنه اعتبر حقيقة التفرق وقد وُجد، واعتبرنا العُرف؛ فإنه في العرف لا يعدُّ تفريعًا ما دام في عمل الوزن، وهو نظير: لا أسكن الدار، وهو ساكنها.

[٥٦٧/أ] **قوله**: (**استثناؤها**) أي: استثناء المائة بجميع أجزائها، والخمسين

مَسَائِلُ مُتَفَرِّقَةٌ

(وَإِذَا حَلَفَ لَا يَفعَلُ كَذَا، تَرَكَهُ أَبَدًا) لِأَنَّهُ نَفَى الفِعلَ مُطلَقًا فَعَمَّ الِامتِنَاعُ ضَرُورَةَ عُمُومِ النَّفيِ (وَإِن حَلَفَ لَيَفعَلَنَّ كَذَا، فَفَعَلَهُ مَرَّة وَاحِدَة، بَرَّ فِي يَمِينِهِ) لِأَنَّ المُلتَزَمَ فِعلٌ وَاحِدٌ غَيرُ عَين، إذ المَقَامُ مَقَامُ الإِثبَاتِ فَيَبَرُّ بِأَيِّ فِعل فَعَلَهُ، وَإِنَّمَا يَحنَثُ بِوُقُوعِ اليَأسِ عَنهُ وَذَلِكَ ....

من أجزائها. وفي الجامع الكبير: لو قال: عبده حرٌّ إن [كنت][1] أملك إلا خمسين درهمًا فلم يملك إلا عشرة؛ لم يحنث؛ لأنها بعض المستثنى، ولو ملك زيادة على خمسين إن كان من جنس مال الزكاة حنث، وإلا لا.

ألا ترى أنه لو قال: مالي صدقة، ينصرف إلى مال الزكاة، أو حلف: ما لي ملك يحنث بالمال الزكاتية، وعند الشافعي بكل مال، وعند مالك المال هو الذهب والفضة.

مسائل متفرقة

(مسائل) خبر مبتدأ محذوف، أي: هذه المسائل التي أذكرها (مسائل متفرقة)، فـ(متفرقة) صفة (مسائل) من دأب المصنفين ذكر ما شذَّ من الأبواب في آخر الكتاب.

قوله: (**ضرورة عموم النفي**) لأن قوله: (**لا يفعل**) يقتضي مصدرًا نكرة، أما مصدرًا: فلأن الفعل لا ينفك عنه، وأما نكرة: فلأن الفعل يقتضي من تعيين الأفعال لا محالة لتيقنها فإن إثبات ما وراء الواحد مشكوك فكان المتيقن أولى في الإثبات، وفي النفي يعم لأن النكرة في موضع النفي تعم؛ لما عُرف في الأصول، فيقتضي عدم الفعل في جميع العمر.

قوله: (**بأي فعل فعله**) سواء كان مكرهًا، أو ناسيًا، أو مختارًا بطريق التوكيل، وقد بيَّنا الخلاف في المكرَه، والناسي، والتوكيل.

قوله: (**بوقوع اليأس عنه**) أي: عن الفعل، (**وذلك**) أي اليأس عنه

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

بِمَوتِهِ أَو بِفَوتِ مَحَلِّ الفِعلِ. (وَإِذَا استَحلَفَ الوَالِي رَجُلًا لِيُعلِمَنَّهُ بِكُلِّ دَاعِرٍ دَخَلَ البَلَدَ، فَهَذَا عَلَى حَالِ وِلَايَتِهِ خَاصَّة) لِأَنَّ المَقصُودَ مِنهُ دَفعُ شَرِّهِ أَو شَرِّ غَيرِهِ بِزَجرِهِ

(بموته)، أو بموت الحالف هذا الذي ذكره فيما إذا عقد يمينه مطلقًا، أما لو عقده مؤقتًا فلا يحنث قبل مُضي ذلك الوقت وإن وقع اليأسُ بموته أو بفوت المحل؛ لما أن الوقت مانعٌ من الانحلال؛ إذْ لو انحلَّ قبل مضي الوقت لم يكن للتوقيت فائدة، كذا في الإيضاح.

قوله: (بكل كل داعرٍ)، والداعر: الخبيث المفسد، ومصدرُه: الدعارة، وهي من قولهم: عود دعرٌ؛ أي: كثير الدخان، كذا في المغرب(١).

(فهذا على حال ولايته) أي: يفيد اليمين على حال ولايته، وبه قال الشافعي في قولٍ، وأحمد في رواية؛ **(لأن المقصود)** أي: غرض المستحلف **(دفع شره)** أي شر الداعر **(أو شر غيره)** أي: غير الداعر بسبب زجر الداعر ينزجر غيره عن الدعارة، وهذا كما في قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾ [البقرة:١٧٩]، ولأنه لا يقدر على تأديبه بعد زوال ولايته، والزوال بالموت أو بالعزل في ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف أنه يجب الرفع إليه بعد العزل، وبه قال الشافعي في قولٍ، وأحمد في رواية؛ لأنه معدّ لاحتمال أن يولى ثانيًا فيؤدب الداعر.

وفي الذخيرة: لو علم الحالف دخول الداعر البلد ولم يُعلِم المستحلف حال قيام ولايته لا يحنث بمجرد أنه لم يُعلم؛ لأنه جعل شرط الحنث ترك الإعلام، وبالتأخير لا يتحقق الترك ما دام في ولايته، فإذا عُزل أو مات يحنثُ حينئذٍ ولا ينفعه إعلام الوالي الثاني الذي جاء بعده؛ لأن يمينه انعقدت على إعلام الأول.

وفي الكافي: وكذا لو حَلَّفَ الوالي رجلان، أو رب الدين غريمَه، أو الكفيل بالأمر المكفول عنه أن لا يخرج من البلد إلا بإذنه يتقيد بالخروج حال ولايته، وقيام الدين، والكفالة؛ لأن الإذن إنما يصحُّ له ممن له ولاية المنع،

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ١٦٤).

فَلَا يُفِيدُ فَائِدَتَهُ بَعدَ زَوَالِ سَلطَنَتِهِ، وَالزَّوَالُ بِالمَوتِ وَكَذَا بِالعَزلِ إِلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ (وَمَن حَلَفَ أَن يَهَبَ عَبدَهُ لِفُلَان، فَوَهَبَهُ وَلَم يَقبَل، بَرَّ فِي يَمِينِهِ) خِلَافًا لِزُفَرَ فَإِنَّهُ يَعتَبِرُهُ بِالبَيعِ، لِأَنَّهُ تَملِيكٌ مِثلُهُ. وَلَنَا: أَنَّهُ عَقدُ تَبَرُّع فَيَتِمُّ بِالمُتَبَرِّعِ، وَلِهَذَا يُقَالُ وُهِبَ

وولاية المنع حال قيام هذه الأشياء.

أما لو قال لامرأته: إن خرجتِ من هذه الدار، أو قال: إن خرجت امرأته من هذه الدار فعبده حرٌّ، أو حلف لا يقبِّل امرأته فخرجت أو قبَّلها بعدما أبانها حنث؛ لأنه لم يُوجَد دلالة التقييد بحال قيام الزوجية.

قوله: (بَرَّ في يمينه) أي: لم يحنث.

وفي الكافي: حلف لا يهبُ عبدَه لفلانٍ فوهبه له ولم يقبل، إن كان الموهوبُ له غائبًا لم يحنث إجماعًا، وإن كان حاضرًا حنث استحسانًا، وبه قال أحمد، والشافعي في قولٍ بدون القبول، وفي قولٍ: ما لم يقبل ويقبض، وبه قال الشافعي في قولٍ.

وعلى هذا الخلاف الإعارة والصدقة والإقرار والوصية ذكره في جامع البكري.

(فإنه) أي: زفر **(يعتبره)** أي: عقد الهبة **(بالبيع)**؛ لأنه عقد الهبة **(تمليك مثله)** فلا يتم إلا بالقبول، وهذا لأن المطلق ينصرف إلى الكامل، وكمالها بالقبول والقبض.

(ولنا: إنه) أي: عقد الهبة **(عقد تبرع)** أي: تمليك بلا عوض فيتم بالواهب، والقبول شرط ثبوت الملك.

وفي جامع بكر: اختلف أصحابنا، قال بعضهم: الملك يثبت به قبل القبول، إلا أن بالرد ينتقض دفعًا لضرر المنة.

وقال بعضهم: [٥٦٧/ب] الملك ثبت به قبل القبول، إلا أن بالرد ينتقض دفعًا لضرر المنة.

وقال بعضهم: لا يثبت بدون القبول؛ لاحتمال أن يكون الموهوب قريبًا مَحرمًا للموهوب له فيعتق ولا يمكن دفعُ ضرر المنة فيترتب الثبوت على القبول،

وَلَم يَقبَل، وَلِأَنَّ المَقصُودَ إظهَارُ السَّمَاحَةِ وَذَلِكَ يَتِمُّ بِهِ، أَمَّا البَيعُ فَمُعَاوَضَةٌ فَاقتَضَى الفِعلَ مِنَ الجَانِبَينِ (وَمَن حَلَفَ لَا يَشُمُّ رَيحَانًا فَشَمَّ وَردًا أَو يَاسَمِينًا، لَا يَحنَثُ) لِأَنَّهُ اسمٌ لِمَا لَا سَاقَ لَهُ وَلَهُمَا سَاقٌ (وَلَو حَلَفَ لَا يَشتَرِي بَنَفسَجا، وَلَا نِيَّةَ لَهُ، فَهُوَ

بخلاف البيع، والإجارة، والكتابة لأنه تمليك من الجانبين فكان تمامه بهما، وكذا كل عقد فيه بدل، والصدقة والعطية والهدية والنِّحْلَى والعُمرَى كالهبة.

وفي الكفاية: وكذا القرض، وفي رواية عن أبي يوسف: قبول المستقرض شرط؛ لأن القرض في حكم المعاوضة.

قوله: (حَلَفَ لَا يَشُمُّ رَيْحَانًا) إلى آخره، في المغرب: الريحان كل ما طاب ريحه من النبات، وعند الفقهاء: كل ما لساقه رائحة طيبة كما لورقه؛ كالآس، والورد اسمٌ لما لورقه رائحة طيبة فحسب كالياسمين[(١)].

وفي الفوائد الظهيرية: حلف لا يشم ريحانًا فشم وردًا أو ياسمينًا لا يحنث، وبه قال الشافعي، واعتبار الحقيقة تقتضي الحِنث، وبه قال أحمد في رواية؛ لأن الريحان اسمٌ له رائحةٌ طيبة، وفي عُرف أهل العراق: اسمٌ لما لا قيام له على الساق من البقول وله رائحة طيبة، ويستنبت في كل عام كالضميران ونحوه.

وفي المبسوط: كالآس وما أشبهه من الرياحين، أما الياسمين والورد لا يحنث بينهما؛ لأنهما من الأشجار، والريحان اسمٌ لما لا شجر، قال تعالى: ﴿وَٱلنَّجۡمُ وَٱلشَّجَرُ يَسۡجُدَانِ ۝٦﴾ إلى أن قال: ﴿وَٱلۡحَبُّ ذُو ٱلۡعَصۡفِ وَٱلرَّيۡحَانُ ۝١٢﴾ [الرحمن: ٦-١٢] فقد جعل الريحان غير الشجر[(٢)].

وفي مبسوط بكر: الريحان عندهم لما يكون لساقه رائحة طيبة، والورد لما يكون لورقه رائحة طيبة لا لساقه، والياسمين ليس لساقه رائحة طيبة.

قوله: (بَنفسجًا) بفتح الباء، هكذا كان مقيدًا تقييد شيخي ذكره في النهاية، فهو على دُهنه، وقال الشافعي وأحمد: لا يحنث بشراء دُهنه اعتبارًا لحقيقة اللفظ.

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٢٠١).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ٢٩).

عَلَى دُهنِهِ) اعتِبَارا لِلعُرفِ وَلِهَذَا يُسَمَّى بَائِعُهُ بَائِعَ البَنَفسَجِ، وَالشِّرَاءُ يَنبَنِي عَلَيهِ، وَقِيلَ: فِي عُرفِنَا يَقَعُ عَلَى الوَرَقِ (وَإِن حَلَفَ عَلَى الوَردِ فَاليَمِينُ عَلَى الوَرَقِ) لِأَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِيهِ وَالعُرفُ مُقَرِّرٌ لَهُ، وَفِي البَنَفسَجِ قَاضٍ عَلَيهِ.

ولو اشترى ورق البنفسج لم يحنث، خلافًا للشافعي وأحمد، وذكر الكرخي أنه يحنث أيضًا.

وفي المبسوط: هذا شيء يبتني على العُرف، ففي عرف أهل الكوفة في ذلك الوقت بائع الورق لا يسمَّى بائع البنفسج، وإنما يسمَّى به بائع الدُّهن، فبنى الجواب في الكتاب على ذلك.

ثم شاهَدَ الكرخيُّ عُرف أهل بغداد أنهم يسمون بائع الورق بائع البنفسج أيضًا فقال: يحنث أيضًا، وهكذا في ديارنا، ولا نقول: إن اللفظ في أحدهما حقيقة وفي الآخر مجاز، ولكن حقيقة فيهما، ويحنث فيهما باعتبار عموم المجاز، والخيري كالبنفسج.

وأما الورد والحناء، قال: فإني أستحسن أن أجعله على الورق، والورد إذا لم يكن له نية[1].

ومن اشترى دُهنَهما لم يحنث؛ **(لأنه)** أي: الورد **(حقيقة فيه)** أي: في الورق، **(والعرف مقررٌ له)** أي: لوقوع اللفظ على الحقيقة، ففي العرف أيضًا يفهم من الورد ورقه فكان مقررًا لحقيقته، **(وفي البنفسج قاض)** أي: غالب **(عليه)** أي: على وقوع الحقيقة كما ذكرنا.

وقال مشايخنا: البنفسج والورد يقعان على الورق في عرفنا.

وفي الكافي: الدجاج، والجمل، والإبل، والبعير والجزور، والبقر والبقرة، والبغل والبغلة، والشاة والغنم، والحمار والخيل أسماء أجناس فيتناول الذكر والأنثى والتاء للإفراد.

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٩/ ٢٨).

....

ألا ترى إلى قوله عليه السلام: «**في خمس من الإبل شاة**»[1] فإنه لا يختص بالذكر، وقال قائلهم:

لـمّـا مـررتُ بِـدَيـرِ هِـنـدَ أرّقَـنِـي ... صـوتُ الـدجاجِ وضـربٌ بِـالـنَّـواقـيـسِ

والصوت إنما يكون للذكر، وتظهر الفائدة في الحلف بأكلها وشرابها.

وعن أبي يوسف أن البقرة لا يتناول الثور؛ لأنها اسمٌ للأنثى قال تعالى: ﴿بَقَرَةٌ صَفْرَآءُ﴾ [البقرة: ٦٩].

وقلنا: المراد بها الثور، وإنما قال: ﴿صَفْرَآءُ﴾ لظاهر التأنيث، والدجاجة والناقة والحمارة والأتان والرَّمَكَة[2] للأنثى، والدِّيك والثور والكبش للذكر والبُخْتيِّ[3] والبِرْذَوْن[4] للعجمي، والبقر لا يتناول الجاموس للعُرف.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٩٨ رقم ١٥٦٨)، والترمذي (٢/ ١٠ رقم ٦٢١)، وابن ماجه (١/ ٥٧٣ رقم ١٧٩٨) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.
قال الترمذي: حديث حسن.

(٢) قال الجوهري: الرَّمَكَةُ: الأنثى من البراذين، والجمع رِماكٌ ورمكات، وأرماك أيضًا عن الفراء، مثل ثمار وأثمار. الصحاح تاج اللغة (٤/ ١٥٨٨).

(٣) قال الجوهري: البُخْتُ من الإبل، معرب أيضاً، وبعضهم يقول: هو عربيٌّ، وينشد:
لَبَنَ البُخْتِ في قصاع الخلنج.
الواحد بختي، والانثى بختية، وجمعه بخاتي غير مصروف، لأنه بزنة جمع الجمع. ولك أن تخفف الياء فتقول البخاتي والأثافي والمهارى. الصحاح تاج اللغة (١/ ٢٤٢).

(٤) البِرْذَوْنُ: يُطلق على غير العربي من الخيل والبغال، من الفصيلة الخيلية، عظيم الخِلْقة، غليظ الأعضاء، قوي الأرجل، عظيم الحوافر.

فهرس المحتويات